

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
GARANTIES DU BAILLEUR

de Locaux affectés au Commerce

POUR LE PAIEMENT DE SES LOYERS

(en présence de la Loi du 17 mars 1909)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 5 février 1914 à 3 heures

PAR

CHRISTIAN BERTHAUX

Président : M. ALBERT WAHL, professeur.

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur
CAPITANT, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1914

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES GARANTIES DU BAILLEUR

de Locaux affectés au Commerce

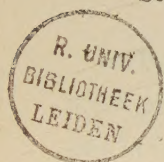
POUR LE PAIEMENT DE SES LOYERS

(en présence de la Loi du 17 mars 1909)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 5 février 1914, à 3 heures



PAR

CHRISTIAN BERTHAUX

Président : M. ALBERT WAHL, professeur.

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur
CAPITANT, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES GARANTIES DU BAILLEUR

de Locaux affectés au Commerce

POUR LE PAIEMENT DE SES LOYERS

(en présence de la Loi du 17 mars 1909)

INTRODUCTION

Le but que nous poursuivons, dans la présente étude, n'est pas l'examen approfondi des règles édictées, soit par le Code civil, soit par la loi du 12 février 1872, relativement à la créance de loyers du bailleur de locaux affectés au commerce et à l'industrie. Cet exposé, d'ailleurs très long, serait, à l'heure actuelle, inutile, car les questions qui se rattachent au privilège du bailleur d'immeubles ont été traitées fréquemment et par des compétences autorisées.

Nous voulons uniquement envisager la situation du bailleur de locaux affectés au commerce, que nous désignerons, dans la suite de nos explications, pour abrégé, par les mots « le bailleur », en présence de la

législation nouvelle, c'est-à-dire de la loi du 17 mars 1909, sur la vente et le nantissement des fonds de commerce.

Cette loi, si impatiemment attendue par le monde commercial, a modifié, d'une façon profonde, la situation respective des divers créanciers du commerçant ; sans doute, elle n'a pas, et c'est d'ailleurs le reproche que nous lui adressons, formulé, à propos du bailleur lui-même, de règles nouvelles, ou, du moins, elle ne l'a fait que sur un point particulier, et avec la plus grande prudence (art. 14).

Mais, en instituant d'une manière sérieuse le nantissement des fonds de commerce, si insuffisamment organisé par la loi du 1^{er} mars 1898, en réglementant la vente et en créant le privilège du vendeur de fonds, cette loi a donné naissance à un régime nouveau pour tous les créanciers du commerçant. Son rôle a été considérable par l'importance des intérêts en jeu. Le progrès réalisé sur le régime antérieur n'est pas contestable. Mais, si nous reconnaissons la réalité des efforts faits et des résultats acquis, nous sommes obligé de constater pourtant que le monde des affaires n'a pas accueilli la réforme qu'il avait tant réclamée sans réserve. Peut-être y a-t-il là une simple manifestation de la routine ? Nous croyons cependant que les raisons de ce peu d'enthousiasme, sont plus sérieuses. Sans chercher à les énumérer toutes, nous nous attacherons seulement à montrer que la loi du 17 mars 1909, si minu-

tieuse sur certains points, même de détail, paraît avoir laissé de côté des questions d'une importance capitale, et que ces omissions aboutissent à compromettre la possibilité de son application.

L'une de ces questions est précisément la situation du propriétaire d'immeubles, considéré comme créancier de ses loyers. L'importance des bailleurs envisagée à ce dernier point de vue est si évidente qu'il est à peine besoin de la signaler. Très fréquemment, presque toujours, le commerçant exerce sa profession dans des locaux appartenant à autrui. Il est donc bien rare qu'on ne retrouve pas le bailleur au moment de la faillite ou de la réalisation du fonds. Il est non moins certain que les loyers constituent une créance relativement élevée. Il faut observer, en effet, que divers genres d'exploitation commerciale exigent de vastes locaux, que ceux-ci sont construits et aménagés en vue de leur affectation spéciale et présentent un choix plus restreint ; en outre, la valeur du fonds, son existence même, dépendent parfois de l'emplacement qu'il occupe, toutes raisons qui expliquent les exigences plus grandes des propriétaires d'immeubles. Enfin, le bailleur dispose d'armes très redoutables à l'encontre du commerçant et des autres créanciers pour faire valoir ses droits : notamment du privilège qui lui permet d'obtenir presque toujours le paiement de la créance avant tous autres, du droit de résiliation, qui, nous le verrons, pourra mettre à sa merci l'existence même du fonds.

Si nous cherchons dans la loi de 1909 ce que le législateur a fait pour réglementer l'exercice des droits du bailleur, nous pouvons être surpris de constater que, sauf dans l'article 14, ce créancier semble ignoré.

On nous objectera peut-être, que le législateur n'a pas eu l'intention de prévoir et régler toutes les difficultés qui pourraient résulter de l'application de son œuvre, et de solutionner, d'avance, des conflits possibles entre les divers créanciers du commerçant, ce qui est le rôle de la jurisprudence. M. Cordelet, l'auteur de la loi, a pris soin de dire (1) que son seul but était « de résoudre les principales difficultés révélées par la pratique en cette matière ». Nous n'ignorons pas non plus que ce même législateur a, plusieurs fois, affirmé que le silence de la loi vis-à-vis du bailleur n'était nullement la conséquence d'un oubli de sa part, mais répondait au désir réfléchi de maintenir dans leur intégralité les droits des propriétaires d'immeubles. C'est donc volontairement que l'on se serait abstenu de parler de ces derniers ; ils devaient rester étrangers à la législation nouvelle.

Nous ne saurions approuver cette justification ; la loi de 1909 créait un régime nouveau, qui devait fatalement, qu'on le veuille ou non, avoir sa répercussion sur tous les créanciers du commerçant. Changer le sort de l'un d'eux, c'était modifier celui des autres. Il fallait donc

(1) Rapport au nom de la commission (Annexe n° 14).

se demander si l'exercice des droits accordés et réglementés par la nouvelle loi, tant au vendeur de fonds de commerce qu'au créancier nanti, était toujours compatible avec les multiples et dangereuses prérogatives que le bailleur tient de la législation antérieure ; si, au contraire, des conflits ne se produiraient pas, trop nombreux et importants, pour qu'on en abandonne la solution à la jurisprudence, si enfin certains principes fondamentaux n'allaient point se trouver en opposition absolue (par exemple l'indivisibilité du fonds et le droit de résiliation du bailleur).

Nous examinerons précisément toutes ces difficultés. Signalons, dès maintenant, que les faits semblent nous donner raison, et que, peu à peu, les lacunes de la loi de 1909 conduisent à des modifications législatives : c'est, par exemple, le vote du nouvel article 3 destiné, en partie, à mettre fin aux abus du droit d'opposition reconnu au bailleur par la jurisprudence civile ; puis, la loi du 8 août 1913 sur les warants hôteliers. Cette dernière ne vise, sans doute, qu'une catégorie restreinte de commerçants, mais elle n'en est pas moins très significative, parce qu'elle montre que, dès qu'on a cherché à faciliter le crédit à une branche du commerce, la loi de 1909 a été reconnue par tous impuissante à atteindre ce but, précisément à cause de son insuffisance de réglementation des droits du bailleur.

Il ressortira de notre étude que la tendance actuelle à développer et organiser les moyens propres à fournir

au commerçant un crédit large doit conduire tout naturellement, non seulement à la réglementation, mais à la limitation des droits du propriétaire bailleur qui jouit, à l'heure actuelle encore, de faveurs trop grandes et peu justifiées.

Pour arriver au but que nous nous sommes tracé, nous considérerons successivement les diverses garanties du bailleur, quant au paiement de sa créance de loyer. Nous éviterons autant que possible, d'exposer trop longuement les règles fondamentales connues ; nous ne les rappellerons que pour l'intelligence des explications. Nous insisterons seulement sur les points à propos desquels la loi de 1909 a pu avoir une influence quelconque, directe ou indirecte, en signalant à l'occasion, l'insuffisance de ses dispositions.

CHAPITRE PREMIER

LES GARANTIES DU BAILLEUR EN GÉNÉRAL.

Le bailleur d'immeubles a été, en tant que créancier de ses loyers, particulièrement favorisé par le législateur. C'est à la tradition que le Code civil a obéi, en édictant les dispositions qui le concernent. On se demande, en effet, de plus en plus, pour quelles raisons il jouit d'une situation si favorable ; et il faut convenir que tous les arguments que l'on invoque en sa faveur n'ont plus maintenant beaucoup de force.

Aussi, depuis le Code civil, diverses tentatives ont-elles été faites pour corriger les iniquités les plus flagrantes qui résultaient de cet excès de faveur.

La loi du 12 février 1872 et celle du 19 février 1889 ont supprimé les conséquences les plus choquantes du régime institué par le Code civil. Néanmoins, telle qu'elle est actuellement, la situation du bailleur d'immeubles, comparée à celle des autres créanciers, est encore fort enviable. Celui-ci a, en effet, à sa disposition :

1° D'abord, le droit de gage de tout créancier sur le patrimoine de son débiteur ; ceci est tout naturel, et nous n'aurions rien à dire sur ce point, si un très grave débat ne s'était élevé dernièrement à la suite du vote

de la loi de 1909, à propos du droit d'opposition du bailleur sur la totalité du prix de vente du fonds de commerce. Au point de vue pratique, la question est d'ailleurs réglée maintenant par la modification toute récente de l'article 3 de cette loi (1); mais nous verrons s'il n'y a pas à tirer de la jurisprudence abondante à laquelle le débat a donné lieu, des conclusions intéressantes au point de vue théorique.

2° Le bailleur possède, en outre, un privilège établi par l'article 2102 du Code civil sur les meubles garnissant les lieux loués. La légitimité de ce privilège n'est d'ailleurs ni incontestable, ni incontestée. Son existence a été attaquée à différentes reprises. On sait que la jurisprudence en avait fait un instrument de ruine pour le commerçant et ses créanciers, et que la loi du 12 février 1872 a dû intervenir pour le rendre supportable, en cas de faillite. Nous signalerons, en temps utile, l'influence de la loi de 1909 sur l'étendue de ce privilège et surtout les difficultés qui pourront se produire à l'occasion de son exercice en présence de cette nouvelle loi

3° Le bailleur a, en vertu de l'article 2102, 1° § 5, du Code civil, le droit de revendication sur les choses faisant partie de son gage, enlevées sans son consentement, et qui sont entre les mains de tiers même de bonne foi (art. 826, C. proc. civ.).

Ce droit de revendication, qui dérive d'ailleurs du

(1) Loi du 31 juillet 1913.

privilège du bailleur, soulève des questions assez intéressantes, mais d'une importance secondaire. La loi de 1909 ne contient aucune disposition qui l'intéresse réellement. En outre, il faut remarquer qu'il est, pour le commerçant, dont nous nous occupons exclusivement, d'une application assez rare, puisque, sur les marchandises, il se trouve à peu près réduit à néant. Cette partie du gage du bailleur se compose de choses essentiellement destinées à circuler, et dont la vente est la raison d'être. Aussi, sauf dans le cas de liquidation définitive, où le bailleur pourra prendre des mesures, telles que la nomination d'un séquestre, la marchandise, dès qu'elle est sortie des mains du commerçant, est perdue pour le bailleur. C'est pourquoi nous ne reviendrons pas sur ce point, si ce n'est tout à fait incidemment (1) à propos du rang du privilège du bailleur.

4° Le bailleur a encore, soit en vertu des principes généraux des contrats synallagmatiques (art. 1184, C. civ.), soit en vertu de textes spéciaux (art. 1752 et 1766, C. civ.), le droit, plus ou moins absolu, de résilier le bail et d'expulser le locataire. Nous ne nous occuperons que du cas où la résiliation est la conséquence du non-paiement des loyers. La loi du 17 mars 1909 s'est préoccupée, cette fois, du bailleur dans l'article 14. Nous verrons ce qu'il faut penser des dispositions qu'elle a prises, et nous essaierons de montrer que le droit de

(1) Cf. *infra*, p. 62.

résiliation est le plus dangereux de tous pour l'existence même de la loi.

5° Enfin, le bailleur a encore à sa disposition, soit de véritables garanties, comme le paiement des loyers d'avance, soit des moyens d'intimidation, comme la possibilité d'insérer dans le bail l'interdiction de sous-louer ou de céder le bail. Nous parlerons des loyers d'avance incidemment à propos du privilège du bailleur. Quant à l'interdiction de sous-louer, elle ne peut être assimilée à une véritable garantie pour le paiement des loyers. Nous constatons seulement qu'elle sert trop souvent, en pratique, de moyen de pression, que si la jurisprudence n'y avait pas mis ordre, elle rendrait souvent la loi de 1909 inopérante, et que c'est donc une faute du législateur de ne l'avoir pas sévèrement réglementée. D'ailleurs, un projet de loi a été soumis au Parlement, dès le 13 mars 1908, par M. Thierry, député, tendant à modifier l'article 1717 du Code civil, en ce sens que, pour les « locations industrielles ou commerciales, le bailleur devra formuler les motifs de son refus d'agréer la sous-location ou la cession ».

Il est seulement regrettable que l'on n'ait point profité de la loi de 1909, pour réaliser une réforme si désirable et si unanimement réclamée (1).

(1) Voir Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 2020, in fine ; Montier et Faucon, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, p. 284, n° 221.

CHAPITRE II

LES DROITS DU BAILLEUR EN TANT QUE CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE.

Si, comme nous le verrons, le bailleur use surtout, pour obtenir le paiement de ses loyers, du privilège que lui accorde l'article 2102, il n'en a pas moins, comme tout créancier, un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur. Ce droit pourra lui être parfois fort utile : soit que les éléments sur lesquels porte son privilège n'aient pas une valeur suffisante pour le désintéresser complètement, soit qu'on lui accorde, dans certains cas, la faculté d'agir comme créancier chirographaire, alors qu'il ne pourrait le faire comme privilégié.

La première hypothèse peut se produire assez fréquemment, puisque le privilège ne porte que sur les meubles garnissant les lieux loués, et que dans quelques genres de commerce la valeur de ces meubles est insignifiante par rapport à l'actif total du commerçant.

Aussi, le bailleur a-t-il, outre son privilège limité à certains objets, un droit sur l'ensemble de cet actif. Mais *le point le plus intéressant* pour nous naît plutôt de la seconde hypothèse.

On sait que depuis la loi de 1872, le privilège du bailleur ne garantit plus tous les loyers à échoir mais seulement une fraction très réduite de ces derniers (1) ; aussi, le bailleur peut-il être amené à agir, en ce qui concerne ces loyers à échoir, non plus comme privilégié, mais comme chirographaire.

Depuis longtemps, cette idée est apparue. Un arrêt de la Cour de Paris du 12 décembre 1861, D.P. 62.2.1 (note de M. Thiercelin) dont nous reparlerons plus loin, en admet le principe. En renonçant à l'exercice de son privilège, le bailleur serait admis comme tout créancier chirographaire, sur la totalité de l'actif de la faillite, et pour l'ensemble des loyers à échoir, sa créance étant devenue entièrement exigible par application des articles 1188 du Code civil et 444 du Code de commerce. De sorte que, dans le cas où les meubles affectés à son gage se trouvent enlevés sans que le bail soit résilié, le bailleur pourrait, pour toutes les années postérieures à celles qui suivent l'année courante, produire avec la masse des créanciers : on dit alors que sa créance est dégénérée en créance chirographaire. Nous contestons toutes ces idées, car elles partent d'un principe que nous combattons plus loin et qui consiste à considérer la créance du bailleur comme une créance à terme. Partant de cette erreur, on a commis de grandes injustices. Nous ne faisons que signaler ces questions pour

(1) Cf. *infra*, p. 33.

nous arrêter plus spécialement, conformément au but que nous nous sommes tracé, à celle plus récemment née de l'application de la loi du 17 mars 1909.

L'article 3 de cette loi contenait, en effet, la disposition suivante : « Dans dix jours, au plus tard, après la deuxième insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu, par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix (il s'agit là de l'insertion du huitième au quinzième jour, après la première insertion consécutive à la vente du fonds ou à certains autres actes assimilés).

Les conséquences de ces dispositions étaient donc les suivantes : Si la loi a dit *tout créancier*, le bailleur a certainement qualité pour faire cette opposition ; une seule chose est nécessaire, c'est d'être créancier ; on admet, il est vrai, en général, que l'article 3 ne pouvait s'appliquer aux créances conditionnelles (1).

Il faut donc que la créance existe dès maintenant ; mais il importe peu qu'elle soit pure et simple ou à terme ; or, le bailleur est, assure-t-on, pour ses loyers à échoir, un créancier à terme. Il a donc le droit de former opposition sur le prix de vente du fonds de commerce pour la totalité des loyers à échoir. Sans doute, on objectait bien que le bailleur est, avant tout, un créancier privilégié, et que l'article 3 ne s'appliquait

(1) *Contrà* : Edouard, *Manuel pratique de la vente et du nantissement des fonds de commerce*.

qu'aux créanciers chirographaires ; mais la loi ne fait pas cette distinction ; d'ailleurs, le bailleur est aussi un créancier chirographaire, et, comme l'a dit un jugement, il serait contraire à l'article 2093 du Code civil, qui établit l'égalité entre les créanciers, de priver le bailleur de tout droit sur la partie de l'actif non soumis à son privilège.

On devine les conséquences d'une telle interprétation.

On vit, aussitôt la promulgation de la loi de 1909, des bailleurs former opposition sur les prix de vente des fonds de commerce pour des sommes considérables, puisque, nous l'avons dit au commencement, les baux commerciaux sont généralement longs et d'un loyer élevé. Le plus curieux, c'est que les propriétaires n'avaient pour cela aucun motif. Seul, leur locataire avait changé, mais la garantie s'en trouvait souvent même consolidée, puisque le nouveau locataire et le preneur originaire étaient soit légalement, soit par suite d'une stipulation expresse, tous deux tenus envers eux du paiement des loyers.

Ainsi, tandis que le bailleur ne pouvait arguer d'aucun préjudice, les conséquences de son opposition étaient : que le prix de vente du fonds se trouvait entièrement immobilisé ; que les frais de la distribution devenaient, par suite des prélèvements successifs du bailleur, beaucoup plus considérables ; que le vendeur subissait une grosse perte d'intérêts ; que les effets de la loi de 1909, enfin, se trouvaient annihilés.

La situation devint à ce point intolérable, que, dès les premiers jugements reconnaissant au bailleur le droit de faire opposition dans les formes que nous avons indiquées (Trib. Rambouillet, 8 juin 1910, *Gaz. Pal.*, 8 novembre 1910 ; Trib. civ. Châteauroux, 29 décembre 1910, *Gaz. Trib.*, 28 avril 1911), un concert général de récriminations se fit entendre dans le monde commercial. Une proposition de loi de M. Marc Réville, député, fut adoptée par la Chambre, et l'urgence déclarée, dans la séance du 11 juillet 1912. M. Marc Réville proposait le texte suivant : « Dans 10 jours..... tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, excepté le bailleur pour loyers en cours ou à échoir pourra, etc. ». De son côté, M. Cordelet, qui a entrepris une réforme plus complète de son œuvre, se rallia à la proposition de M. Marc Réville ; toutefois, il avait cru devoir ajouter au texte de M. Réville les mots « si les sûretés qui lui ont été données par le contrat sont maintenues ». Or, dans la séance du Sénat du 4 mars 1913, M. Grosjean, sénateur, demanda la suppression de cette addition, M. Cordelet y consentit de la manière suivante : « la commission consent à la suppression de ce membre de phrase, qui n'est au fond que la reproduction de l'article 1188 du Code civil. Le bailleur conserve au surplus tous les avantages qu'il tient du droit commun ».

Comme l'article 3 a été entièrement remanié, la nou-

velle disposition y a pris place de la manière suivante : « Le bailleur ne peut former opposition pour les loyers en cours ou à échoir, et ce nonobstant toutes les stipulations contraires. » Nous retiendrons de tout ceci que les inconvénients de la loi ont disparu ; mais il n'est pas moins vrai que l'idée de la déchéance du terme, à propos des loyers, est toujours sauve. Cela paraît bien résulter des paroles de M. Cordelet à propos de l'article 1188.

Il semble qu'après cette loi, l'examen de la jurisprudence sur la question a perdu une grande partie de son intérêt. Cela est vrai, en ce sens que le danger que nous signalions a disparu presque complètement. Mais nous pensons qu'il est curieux de retracer sommairement cette jurisprudence, et cela, parce que la question qui la dominait est toujours en suspens, savoir : la créance des loyers est-elle une créance à terme ? La discussion de cette question est intéressante ; nous en avons indiqué plus haut quelques conséquences ; il y en a d'autres.

Au moment du vote de la loi de 1872, on s'était déjà demandé s'il n'était pas possible de considérer la créance du bailleur comme exclusive de tout privilège sur les loyers à échoir. Devant les scandaleux résultats des décisions de la jurisprudence, certains auteurs avaient cru pouvoir montrer que tout le mal venait, non pas des dispositions de la loi, mais d'une erreur juridique. On sait que leurs efforts avaient été vains et qu'un arrêt de la Cour de cassation avait rejeté défi-

nitivement leur thèse (15 février 1870, D. 70.1.261).

Il n'est pas sans intérêt de voir à quel point en est, après tant d'années, cette discussion. Nous ajouterons que c'est de sa solution que dépend, en grande partie, une réforme que quelques auteurs ont demandée depuis longtemps déjà : la suppression de tout privilège pour loyers à échoir. Nous reviendrons sur cette question en étudiant le privilège du bailleur.

Si nous considérons la jurisprudence de ces dernières années, motivée par l'interprétation donnée à l'ancien article 3 de la loi de 1909, nous constatons que les tribunaux ont généralement statué dans un sens ou dans l'autre, selon qu'il s'agissait de tribunaux civils ou commerciaux.

Du côté des premiers, nous trouvons ceux de Rambouillet et de Châteauroux, cités plus haut, puis le tribunal de Rennes (11 décembre 1911, *Répertoire du notariat*, Defrenois, 20 juillet 1912, p. 542), puis, tout récemment, la Cour de Douai (16 janvier 1913, *La Loi*, 1^{er} mars 1913).

Tous les jugements ou arrêts de ces tribunaux ou Cours reconnaissent que le bailleur avait bien le droit de faire opposition pour les loyers à échoir. Toutefois, au début, ils paraissent hésitants sur la nature de la créance du bailleur. Les deux premiers ne se prononcent pas nettement. Le tribunal de Rennes, tout en admettant la thèse générale que la créance est à terme et « qu'elle ne peut être éteinte que par une convention

nouvelle ou par l'expiration du bail », ajoute néanmoins, que, fût-elle conditionnelle, le bailleur aurait encore le droit de faire opposition, puisqu'il s'agit d'obtenir collocation éventuelle dans une distribution par contribution, ce qui n'est qu'une simple mesure conservatoire. D'ailleurs, ce tribunal semble avoir eu sur la question d'étranges idées, puisque nous pouvons relever cet extraordinaire attendu : « que le débiteur n'aura à s'en prendre qu'à lui-même d'avoir consenti librement un contrat l'obligeant pour une durée prolongée. » On conviendra, avec nous, que cet argument est malheureux.

Seule, la Cour de Douai met le débat sur son véritable terrain : « Attendu que les loyers à échoir constituent, dès l'instant où la chose louée a été délivrée au preneur, une créance certaine au profit du bailleur, que les échéances fractionnées auxquelles cette créance deviendra exigible n'en fait point une créance éventuelle, mais une créance à terme... » Ainsi le problème était net. Ce n'est pas tant le législateur de 1909 qui a eu le tort de ne pas prévoir le cas. M. Cordelet l'a dit : il ne s'attendait pas à un pareil résultat. « Rien de plus contraire à la pensée du législateur de 1909 que ce résultat..., d'ailleurs rien de plus injuste. »

Si, au contraire, nous parcourons la jurisprudence des tribunaux de commerce, nous constatons que *tous* s'élèvent avec force contre les prétentions du bailleur, et, surtout, contre l'idée de voir, dans la créance de loyer, une créance à terme.

Le tribunal de Lille (23 avril 1912, *Répertoire général du notariat*, 10 février 1913) dit : « Attendu que le louage est un contrat successif, et que le prix stipulé au bail n'est dû que comme contre-partie de la jouissance que le bailleur est tenu d'assurer au preneur, que les loyers ne s'acquièrent qu'au fur et à mesure de la jouissance fournie... »

Le tribunal de commerce de Grenoble (6 décembre 1912, même journal, même date) soutient également les mêmes idées. Dans l'espèce jugée, le propriétaire avait fait, sur un fonds de commerce d'une valeur de 20.000 francs, opposition pour une somme de 760.079 fr. Là encore, nous voyons « que le louage est un contrat successif dont le prix n'est dû que comme contre-partie de la jouissance, en sorte que le contrat de louage est résolu par la perte de la chose louée, et aucune créance ne peut exister actuellement pour loyers à échoir, lesquels ne seront dus que si la chose louée ne périt pas pendant le cours du bail ». Le tribunal de commerce de Paris juge de la même manière, à quelques jours d'intervalle (audience du 7 janvier 1913, *La Loi*, 6 février 1913, et audience du 14 janvier 1913, *La Loi*, 1^{er} mars 1913). Le premier dit que l'article 3 ne s'applique « certainement pas à ceux (les créanciers) dont le droit affecté d'une condition suspensive n'a pas encore d'existence, tant que la condition est pendante..... que la créance des loyers à échoir est non une créance à terme, mais une créance sous condition,..... que la prestation qui cons-

titue l'objet de l'obligation du locateur, la jouissance de la chose consiste dans une chose future, car il est impossible que dès le jour même du contrat, le bailleur la procure entière à son locataire, que la nature de cette prestation est telle qu'on ne peut la procurer que jour par jour et par conséquent par parties ; qu'il n'est pas même certain qu'ayant procuré hier cette jouissance le locateur puisse la procurer demain ;..... que le locataire ne s'est engagé à payer des loyers qu'afin d'avoir la jouissance de la chose louée, que si cette jouissance ne peut lui être fournie, il a entendu n'être pas tenu, qu'il s'ensuit que c'est l'existence même de l'engagement et non pas sa résolution qui est affectée de la condition...»

Et le second jugement contient des dispositions analogues.

Citons enfin, pour montrer l'unanimité des tribunaux de commerce, un jugement du tribunal de Troyes (12 mars 1913, *La Loi*, 31 mai 1914). « Attendu que la créance n'apparaît pas³ comme certaine, que, toutefois, le bon sens et l'équité ne permettent pas de la considérer comme une créance à terme. »

Sans doute, on nous objectera que nous nous appuyons sur une jurisprudence issue de tribunaux qui ne sont pas composés de juristes, et que précisément tous les tribunaux civils ont été d'un avis opposé. Nous prétendons que l'opinion d'hommes rompus aux affaires, bien placés pour constater les effets de la loi, n'est pas à dédaigner, et qu'au contraire, une théorie

dont les résultats sont unanimement qualifiés de « contraires au bon sens et à l'équité » n'est pas inattaquable.

Sans doute encore, on nous dira que la doctrine a depuis longtemps admis en majorité qu'il s'agissait bien d'une créance à terme. « En vain, disent Baudry et de Loynes (1), a-t-on contesté que cette créance fût une créance à terme, en vain on a prétendu qu'elle était une créance successive,.... que si elle n'est pas une créance successive, elle est, tout au moins, une créance conditionnelle ; thèse difficilement conciliable avec le caractère synallagmatique du contrat. Du jour où il est parfait, les parties sont liées, le bailleur prend l'engagement pur et simple de faire jouir le preneur pendant tout le temps de la convention ; de son côté, le preneur contracte, dès maintenant, obligation de payer les loyers et fermages... »

Et ceci montre comment il est possible de soutenir, au nom des principes, une idée, qui, on l'avouera, répugne au bon sens et qui, dans la pratique, depuis le Code civil jusqu'après la loi de 1909, a conduit à des résultats si désastreux, qu'à chacune de ses applications, une disposition législative (Loi de 1872, remaniement de l'art. 3 de la loi de 1909) a dû intervenir pour en annihiler, au moins partiellement, les effets.

Sans revenir sur tous les arguments qui ont été développés autrefois, soit en faveur de l'idée de créance suc-

(1) *Loc. cit.*, p. 357.

cessive (Thiercelin, note sous arrêt de la Cour de Paris du 12 décembre 1861, déjà cité), soit en faveur de l'idée meilleure, à notre avis, de créance sous condition suspensive (Pont, *Des privilèges et hypothèques*, n° 124 ; Demangeot, *Traité de droit commercial*, t. V, p. 141 ; Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1^{re} édition, t. II, n° 2486) et si bien mise en lumière par M. Mourlon (note sous arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1865, D. 65.1.201), nous voudrions simplement répondre aux partisans de l'idée de créance à terme : Peut-on nier que la jouissance de l'objet loué soit une chose future et incertaine ? Le bon sens s'y refuse : On nous dit que l'obligation est née dès le contrat ; sans doute, mais elle est née en tant qu'obligation conditionnelle. On ne peut pas aujourd'hui disposer du lendemain et on n'est pas sûr qu'on le pourra. Certains arguments paraissent, il est vrai, plus convaincants au premier abord. Ainsi celui que l'on tire de l'article 2102 § 1 du Code civil. M. l'avocat général Moreau disait à propos de l'arrêt du 12 décembre 1861 : « L'article 2102, § 1, dispose pour le cas de vente du mobilier qui est le gage matériel du propriétaire, comme l'article 1188, pour le cas où la solvabilité personnelle s'évanouit par la faillite. C'est le même principe. Il a suffi que le preneur ait encouru la vente du mobilier pour qu'en présence de cette manifestation d'insolvabilité, le propriétaire puisse exiger le paiement intégral. »

En réalité, l'article 2102 ne prouve rien à cet égard.

Il ne faut pas faire dire à cet article plus qu'il ne dit. Or, il n'implique nullement que la créance des loyers à échoir soit exigible avant que les loyers soient échus. Comme le dit M. Murlon : En cas d'existence de créances conditionnelles lors de la répartition de l'argent provenant de la vente de biens, on ne sait trop que faire ; généralement, on colloque ces créances pour mémoire ; l'article 2102, § 1, se contente de décider, par faveur pour le bailleur, comme toujours, à cette époque que la vente des objets formant son gage sera affectée à la sûreté des loyers à échoir.

Dire que l'article 2102 autorise à vendre les meubles pour une dette non encore née, c'est résoudre la question par la question... L'article 2102 ne fait que déterminer l'emploi d'une somme réalisée à distribuer.

Le deuxième argument est celui tiré du paiement des loyers d'avance. Il serait bon si nous consentions à voir là un paiement anticipé ; mais, quoi qu'on en ait dit, nous sommes en présence d'une garantie prise par le bailleur d'un gage, irrégulier sans doute, d'un gage « *sui generis* ».

Le jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 7 janvier 1913, ci-dessus rapporté, s'exprime, à ce sujet, de la manière suivante : « Attendu qu'à l'encontre de cette théorie, on objecte que les parties ont pu convenir que les loyers seraient payables par avance, peut-être même pour la totalité, le jour de la signature du contrat ;... mais attendu que, pour absolue que soit la

liberté laissée aux contractants de prendre les engagements qui leur conviennent pour leurs conventions, les parties ne peuvent toutefois déroger à ce qui est de l'essence même des choses ;... que les contractants, en versant et en recevant, par avance, le montant des loyers à échoir, ont, dès lors, par cette convention, non, ce qui n'est pas en leur pouvoir, changé l'essence du contrat de bail, ni payé des loyers, et éteint une créance de loyers qui n'existait pas encore, mais constitué, au profit du bailleur, un gage *sui generis*, un gage irrégulier. »

Si nous avons cité *in extenso* ce passage, c'est qu'il est intéressant, en présence des affirmations souvent répétées que les loyers d'avance constituent un paiement anticipé ; l'opinion du tribunal de commerce de Paris a, en l'espèce, une autorité particulière, puisqu'il s'agit d'interpréter la volonté des parties.

De ce que ces loyers d'avance ne sont ni un véritable gage, ni un cautionnement, ni un dépôt, cela ne prouverait pas qu'il s'agisse d'un véritable paiement, mais seulement d'une sûreté particulière.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir épuisé sur ce débat, tout ce qu'il y aurait à dire. Nous ne voulons d'ailleurs point le faire : la question a été autrefois très discutée, et si elle n'a pas été tranchée dans notre sens, ce n'est point qu'elle ait été mal défendue. On avait voté la loi de 1872 pour remédier aux principaux inconvénients du régime du Code civil, mais on se refusait

à admettre des théories qui eussent privé le bailleur, ce créancier vénéré de notre législation, de tout droit sur les loyers à échoir. Il nous a paru intéressant de montrer à quel point en était actuellement la question.

Pour nous résumer, nous dirons que la pratique a condamné absolument et définitivement la théorie du louage considéré comme contrat à terme. Nous nous rallions, sans hésitation, à son opinion, en espérant que la doctrine et la jurisprudence civile consentiront enfin à rejeter une idée qui n'a causé que des déboires — et nous en concluons que l'on doit écarter systématiquement l'application des articles 1188 du Code civil et 444 du Code de commerce, lorsqu'il s'agit de la créance du bailleur.

CHAPITRE III

LE PRIVILÈGE DU BAILLEUR D'IMMEUBLES.

Tout bailleur d'immeubles est, en vertu de l'article 2102, § 1, privilégié sur tout ce qui garnit les lieux loués. Ce privilège, fondé sur une idée de gage tacite, et exceptionnel, en ce sens qu'il n'exige pas la dépossession du commerçant, n'est plus comme autrefois considéré comme inattaquable dans son principe.

Nous verrons que des tentatives ont été faites, même depuis la loi du 12 février 1872 pour le restreindre encore.

M. Beudant (1) écrit : « On reconnaît que ce privilège est excessif, surtout tel qu'il est organisé par le Code... La réaction va grandissant », et plus loin : « A l'heure actuelle, précisément en raison des réformes accomplies, la réforme des lois relatives au privilège du bailleur s'impose plus que jamais... Le moment est venu de remonter au principe même qui sert de fondement à ce privilège traditionnel et d'examiner s'il ne serait pas préférable de laisser le bailleur dans la condition commune des créanciers... »

(1) Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*, p. 349 et 375.

Pour mieux apprécier l'utilité d'une telle institution, il faut voir ce qu'elle donne dans la pratique. Nous allons donc étudier le privilège du bailleur dans ses rapports avec la loi de 1909, sans en rappeler, sauf pour besoin de clarté, les règles, mais seulement en signalant les particularités du privilège quand il s'agit d'un bail de locaux affectés au commerce.

Il convient donc d'examiner :

1° Quels sont les objets compris dans le gage.

2° De quelle manière, et jusqu'à quel point, ce privilège garantit la créance de loyers dont nous nous occupons seule.

3° Quel est le rang du bailleur privilégié. Quels conflits vont se produire entre lui et les autres créanciers, spécialement depuis la loi de 1909.

1° Objet du gage du bailleur.

Le gage du bailleur de locaux affectés au commerce porte sur tout ce qui garnit les lieux loués c'est-à-dire le matériel et le mobilier commercial, les marchandises, et parfois le mobilier personnel du commerçant, quand, chose fréquente, celui-ci habite les locaux où il exploite son commerce. Cette énumération exclut tout autre élément, et notamment les droits incorporels, les brevets d'invention par exemple.

Les trois éléments qui composent le gage sont évidemment d'une importance variable pour chaque cas, et aussi d'une sécurité inégale pour le bailleur. Les

marchandises ont, par exemple, un caractère tellement mobile qu'elles constituent pour le bailleur une garantie un peu illusoire dans quelques cas. En revanche, il ne faut pas oublier que, dans certaines branches du commerce (bijouterie, bazar, etc.) elles forment la partie essentielle de l'actif.

La statistique de l'année 1903 (*Bulletin de statistique du ministère des finances*) montre que les valeurs sur lesquelles les droits ont été assis étaient de 136.375.283 francs pour les marchandises neuves cédées lors de la vente du fonds contre 258.426.486 fr.80 représentant celle des fonds proprement dits. Cet élément n'est donc pas à dédaigner. Il ne faut pas oublier que si les marchandises sortent facilement du gage, elles y sont remplacées d'ordinaire aussitôt, en sorte que le bailleur ne court de risques qu'au cas de vente globale et définitive contre laquelle il pourra généralement prendre les précautions nécessaires(1).

Le matériel constitue, lui, une garantie très sûre, tant par son importance que par sa stabilité.

Quant au mobilier personnel, nous n'en parlerons pas, car il sera le plus fréquemment accessoire.

Ainsi, le bailleur possède un gage d'une importance considérable. La loi de 1909 a donné un intérêt tout particulier à la délimitation exacte des deux principaux éléments du gage du bailleur. Nous retrouverons cette

(1) Paris, 21 avril 1886. *Gazette des Tribunaux*, 5 octobre 1886.

question plus loin en étudiant la manière dont s'exerce le privilège. Mentionnons pourtant qu'elle est née de ce fait que, depuis 1909, les marchandises ont été exclues du nantissement du fonds. Ce fut là une des questions les plus délicates qui se posèrent au législateur. La jurisprudence, sous l'empire de la législation de 1898, admettait que les marchandises devaient, comme les autres éléments du fonds, faire partie du nantissement, sauf à en être exclues conventionnellement (Voir les arrêts cités dans la proposition de loi de M. Cordelet). Or, cette faculté présentait de graves inconvénients contre lesquels s'élevait avec force le monde commercial. Elle constituait une source de fraudes contre les fournisseurs trop confiants, au profit des créanciers nantis, prêteurs pour la plupart peu scrupuleux. On trouve exposés ces dangers dans un jugement du tribunal de commerce d'Angers du 7 décembre 1900 (D. 1901. 2.97). Nous n'entrerons pas dans le détail de cette discussion, qui s'éloignerait de notre sujet. Constatons seulement le résultat obtenu, résultat d'ailleurs unanimement approuvé.

Au point de vue qui nous occupe, il est clair que la réforme a eu sa répercussion sur la situation du bailleur. il y a gagné de ne plus redouter de conflits sur les marchandises avec les créanciers nantis.

En outre, la distinction des deux éléments : matériel et marchandises, sera plus importante, du fait que le privilège devra s'exercer sur chacun d'eux d'une ma-

nière déterminée pour ne pas avantager certains créanciers au détriment des autres (Voir *infra*). En général, elle sera assez facile. Le matériel se composera ordinairement de tous les objets qui servent à exploiter le commerce, et dont la destination n'est pas d'être vendus ; ce sont : les machines, tables, casiers, meubles meublants dans certains cas. Au contraire, les marchandises ont pour caractère propre d'être destinées à la vente. Elles entrent dans le fonds pour en ressortir. Mais la distinction est parfois plus délicate, notamment dans l'industrie, où les marchandises entrent sous forme de matières premières pour ressortir à l'état de produits manufacturés. Il peut arriver, pour certaines de ces matières, que le doute existe. Le charbon, par exemple, dans une usine, semble marchandise, tant qu'il existe en qualité d'approvisionnement, bien qu'il ne soit pas destiné à la vente, mais à la consommation dans l'usine. Or, dès le moment où il est distrait de l'approvisionnement pour être consommé, il paraît devoir être matériel ; tandis qu'une matière première qui ne fera que subir une transformation comme le coton dans une filature ne sera jamais qu'une marchandise. On le voit, la nuance est subtile et sera parfois, dans les grandes exploitations, d'un intérêt considérable.

On peut admettre qu'en principe, les matières premières constituent des marchandises, sauf celles qui sont incorporées au fonds, de telle sorte qu'elles sont destinées à y être consommées complètement.

Enfin, sur le dernier élément : le mobilier personnel du commerçant, le bailleur ne se trouvera, dans les cas normaux, en conflit avec aucun créancier privilégié, tout au moins, ni avec le créancier nanti, d'après la loi de 1909, ni avec le vendeur de fonds.

Tels sont donc les éléments qui constituent l'assiette du gage du bailleur. Nous laissons de côté toutes les questions relatives à sa bonne ou mauvaise foi, puisque nous voulons indiquer seulement les points sur lesquels la loi de 1909 a pu exercer une influence quelconque.

2° Etendue du privilège.

1° *Etat actuel et critique de la non-limitation.*

Le système du Code civil, complété par la jurisprudence, pouvait se résumer ainsi : Le bailleur avait privilège pour tous les loyers échus, quel qu'en fût l'arriéré, sauf, bien entendu, l'effet de la prescription. En ce qui concerne les loyers à échoir, l'étendue du privilège variait selon que le bail avait, ou non, date certaine au moment de la déconfiture ou de la faillite du locataire.

Dans le premier cas, le bailleur était privilégié pour tous les loyers à échoir ; dans le second, pour l'année courante à échoir seulement. Nous avons vu, plus haut, comment le fait d'avoir considéré comme créance à terme la créance de loyers avait conduit à ces déplorable conséquences, combien d'efforts avaient été tentés pour amener la jurisprudence à abandonner ce prin-

cipe. On aboutit seulement au vote de la loi du 12 février 1872, qui mit fin aux scandales provoqués par le régime du Code. Cette loi n'est applicable qu'aux baux des immeubles affectés au commerce ou à l'industrie du failli, y compris, d'ailleurs, ceux qui dépendent de ces immeubles, et qui sont habités par le failli personnellement. Au contraire, elle cesse de l'être lorsqu'il s'agit d'immeubles loués à un commerçant, mais dont la destination n'est pas industrielle ou commerciale, comme une maison de campagne, par exemple. Elle est extrêmement obscure et l'une « des plus difficiles à expliquer que nous ait donné le législateur moderne » (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, n° 2487). Nous n'entreprendrons point de l'examiner en détail. Mais nous devons néanmoins en rappeler les grandes lignes pour la suite de notre étude.

Deux cas sont à distinguer : le bail est ou n'est pas résilié (car la loi écarte définitivement la faillite elle-même, comme cause forcée de la résiliation du bail).

Si le bail est résilié à la demande du bailleur pour une cause quelconque, telle que l'abus de jouissance, le bailleur reprend possession des lieux et, sur la valeur des meubles, il est privilégié pour deux années échues avant le jugement déclaratif et l'année courante sans préjudice de dommages-intérêts, s'il y a lieu (art. 550, al. 2).

Si le bail cesse parce que la masse, c'est-à-dire le syndic, préfère ne pas continuer l'exploitation et que

les meubles soient vendus, on revient à la règle de la déchéance du terme : le bailleur sera non seulement privilégié pour les deux années arriérées et l'année courante, mais aussi pour une année à échoir, à partir de l'expiration de cette année.

Si, au contraire, le bail continue, soit que le failli concordataire reprenne l'exploitation, soit, au contraire, que la masse ait fait vendre le fonds, cédé à l'acquéreur le droit au bail, et que les locaux restent suffisamment garnis, le bailleur aura droit à deux années et à l'année courante.

Ainsi, le législateur est parvenu, sans abandonner l'idée de créance à terme, à éviter l'anticipation des loyers futurs. Il n'a pas voulu décider, comme il eût été désirable, que, la créance étant conditionnelle, toute collocation future était impossible, ni, comme le demandaient certains auteurs, corriger l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 444, et exclure de son application la créance du bailleur, en tant que privilégiée (1).

Le moment est venu de nous demander si la loi de 1909 n'eût pas dû revenir sur cette réglementation. Tel qu'il est, depuis 1872, le privilège du bailleur de locaux affectés au commerce paraît encore trop considérable. Nous avons signalé plus haut les tendances, de plus en plus nombreuses, qui se sont manifestées contre l'idée

(1) Thaller, *Droit commercial élémentaire*, p. 1005, n° 2018.

même d'un privilège. Nous n'irons point jusqu'à demander sa suppression, et nous dirons pourquoi ; mais nous sommes pleinement partisan de sa réduction.

Dans un article déjà ancien, M. Thaller (*Annales de droit commercial*, 1896, p. 289) a exposé les raisons qui militaient en faveur de cette réduction. Il faisait fort justement remarquer que « la plaie des faillites » était la clôture pour insuffisance d'actif ; et il montrait que cette fin habituelle de la faillite revenait surtout dans les petites professions exercées par des commerçants en boutiques tenues en location.

En quoi, disait-il, consiste l'actif de ces commerçants ? Le plus souvent en marchandises, presque essentiellement. Et cela est très exact. Nous assistons fréquemment à des adjudications de fonds de petite importance ; le prix des éléments incorporels est généralement insignifiant, parce que l'état des affaires du commerçant étant mauvais, il est à supposer que le fonds, par lui-même, n'a pas de valeur. On vendra des fonds 100 francs, 200 francs. Seules, les marchandises forment un élément appréciable. Or, la faillite arrive. Que va-t-il se produire ?

On doit essayer de répartir cet actif le plus équitablement possible. C'est là l'utilité de la faillite. Et cependant, le bailleur peut, dans de nombreux cas, quand les marchandises et le matériel étant vendus le bail ne continue pas, exercer son privilège pour deux années arriérées, l'année courante et l'année à échoir. Génér-

ralement, il ne restera plus rien de l'actif : les autres créanciers seront entièrement dépouillés au profit d'un seul. Et même celui qui a fourni les marchandises sur lesquelles se paie le bailleur, voit, du fait de la faillite, son gage disparaître irrémédiablement.

Comme le dit M. Thaller (1), la situation du bailleur sera donc meilleure dans une faillite que dans une déconfiture : en droit civil, le vendeur non payé n'est primé par le propriétaire de la maison louée qu'autant que ce dernier ignorait la dette du prix au moment où l'objet acheté est entré dans l'immeuble (art. 2102, 4, 3°). Au contraire, dans l'hypothèse d'une faillite, le privilège du bailleur s'exercera toujours sur le meuble acheté, introduit dans le magasin même, au cas où ce dernier savait le prix non acquitté.

Comme on le voit, l'idéal rêvé pour la répartition de l'actif est loin d'être atteint. Et pourquoi ce régime de faveur accordé au bailleur ? Ce créancier est-il plus intéressant que les autres ? Nullement. Moins peut-être, dit M. Thaller, car il ne perd pas son capital, mais seulement son intérêt ; moins, dirons-nous, parce qu'il perd surtout des intérêts, car il ne faut pas oublier que le loyer comprend, tout de même, une part de capital. Pour conclure, M. Thaller proposait que l'arriéré sur lequel puisse s'exercer le privilège fût limité à un an, que jamais le bailleur ne puisse obtenir de collocation

(1) *Droit commercial*, p. 971, note 1.

pour les loyers à venir, ni de dommages-intérêts qui remplacent trop souvent, en jurisprudence, ce que la loi de 1872 a refusé, en tant que loyers à échoir.

Il semble que M. Thaller, à l'époque où il écrivait, après l'exposé incontestable des griefs qu'il formulait, reconnaissant que le privilège n'était basé sur aucun motif légitime, devait conclure à sa suppression pure et simple. Pourquoi demander une année de privilège, s'il est entendu que le bailleur n'est en rien plus intéressant qu'un créancier quelconque ? Probablement, pour donner quelque satisfaction aux objections que M. Thaller prévoyait. Le bailleur, disait-on, va être amené à une sévérité plus grande, soit pour les conditions du bail, soit en demandant le versement des loyers d'avance, garantissant un plus grand nombre d'échéances, soit en se tenant constamment sur le qui-vive pour exécuter son locataire, dès les premières manifestations d'insolvabilité. Comme M. Thaller, nous pensons que ces objections sont insuffisantes pour contrebalancer les avantages évidents de la suppression du privilège. Sans doute, de tels inconvénients seraient à craindre, si la loi ne s'appliquait pas à tous ; mais le privilège étant supprimé, les propriétaires devraient pourtant bien louer leurs immeubles.

En outre, la pratique des loyers d'avance, imputables sur les six derniers mois de jouissance, est devenue d'un usage à peu près général, et cela, malgré l'existence du privilège. Enfin, la facilité d'obtenir la rési-

liation du bail est, depuis la loi du 17 mars 1909, beaucoup moins grande. Le bailleur doit maintenant compter avec les autres créanciers qui empêcheraient une expulsion trop précipitée. Rien ne semble donc plus militer en faveur du maintien de ce privilège qui n'apparaît que comme un vestige historique.

Cependant, nous ne serons pas si affirmatif, précisément parce que la loi du 17 mars 1909 a fourni un argument plus sérieux pour la conservation du privilège du bailleur. Le fonds de commerce est maintenant reconnu comme une universalité, dont le législateur a tenu, avec raison, à sauver, avant tout, la cohésion. Or, parmi les éléments incorporels qui composent le fonds, le plus important est, peut-être, le droit au bail.

Nous avons déjà montré que la valeur d'un fonds de commerce dépendait de sa situation. On peut dire même que fréquemment la vente du fonds est plutôt la vente du droit au bail. Ceci est tellement vrai, que, dans la pratique, on assiste parfois à de simples cessions de bail d'un commerçant à son successeur. Dès lors, on aperçoit de nouvelles raisons qui justifieraient mieux le privilège du bailleur dans ces conditions.

Le commerçant qui vend son fonds, vend une chose incorporelle : le droit au bail, lequel a été mis dans son patrimoine, par le propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds. Le privilège de ce dernier repose sur le même principe que celui du vendeur : c'est le bailleur qui a fourni au commerçant le droit au bail, c'est-à-

dire, répétons-le, l'élément qui assure au fonds sa fixité et, souvent, sa valeur.

Le bailleur aurait encore de bonnes raisons à faire valoir à un autre titre. Quand le bail d'un fonds grevé d'inscriptions de privilèges arrive à son expiration, le propriétaire qui en consent le renouvellement conserve le gage de tous les créanciers inscrits. S'il s'y refusait, le fonds déprimerait totalement et les garanties des créanciers ne reposeraient plus sur rien. Nous reviendrons sur cette idée déjà signalée.

En résumé, si nous n'osons pas nous déclarer en faveur de la suppression définitive du privilège du bailleur, ce n'est point que nous en trouvions la justification dans l'idée de gage tacite qui l'a fait naître. Celle-ci résulte plutôt, à notre avis, de la nature particulière du droit au bail, quand il s'agit de locaux affectés au commerce. Le privilège du bailleur devient alors aussi légitime que celui du vendeur ou du conservateur de la chose, dont il n'est qu'une variante ; son utilité sera peut-être plus grande, comme nous essaierons de le montrer. C'est pourquoi si nous pensions que M. Thaller pouvait se prononcer après l'argumentation qu'il présentait pour la suppression du privilège du bailleur, nous n'en sommes pas moins d'accord avec lui quant à la solution à donner à la question de l'étendue de ce privilège.

Nous rejetterons d'abord toute prétention sur le loyer à échoir, et cela, parce que nous avons nié que la créance des loyers fût à terme.

En outre, nous demanderons la restriction de l'arriéré à une année, avec l'année courante, parce que, d'une part, il nous semble juste que le bailleur, soit qu'il ait mis dans le patrimoine de son locataire une valeur réelle, soit qu'il ait conservé le gage des créanciers, obtienne, en compensation, une certaine sécurité, mais aussi parce que, d'autre part, il nous paraît dangereux et inutile d'augmenter cet arriéré : — dangereux, parce que les loyers sont toujours importants, eu égard à l'actif du débiteur, et que le bailleur, s'il mérite quelques avantages, ne doit pas spolier les autres créanciers ; — inutile, parce que ce sera au bailleur à ne pas laisser le commerçant s'endetter trop. On ne nous convaincra pas qu'il y ait intérêt à laisser croître le passif d'un commerçant indéfiniment. Celui qui n'a pu, pendant une année, payer ses termes de loyer, semble en bien mauvaise posture, et il est préférable pour tous que l'on prenne des mesures en vue d'empêcher sa situation de s'aggraver.

La loi de 1909, par son article 14, permet, s'il reste un espoir, si sa gêne n'est que momentanée, de sauver le commerçant ; aux autres créanciers de lui venir en aide et d'empêcher le bailleur de recourir à des mesures trop précipitées.

Ce système, en rapport avec des opinions vieilles déjà, avec un mouvement général contre le privilège du bailleur, nous paraît devoir concilier des intérêts opposés. Le législateur de 1909 aurait pu, tout au moins,

poser la question ; réglant le sort des créanciers, il eût été logique, en envisageant s'il n'était pas opportun de trancher une question relative à l'un des plus importants, et dont l'influence est si considérable sur le sort du fonds. Nous ne pouvons que regretter cet oubli volontaire ou involontaire.

2^e Tentative récente pour corriger les conséquences de l'insuffisance de la loi de 1909.

Loi du 8 août 1913 sur les warrants hôteliers.

La pratique a vite fait ressortir les inconvénients multiples de l'insuffisance de la loi de 1909, à l'égard du bailleur. Et, dès maintenant, l'évolution vers la limitation du privilège du bailleur, seule efficace pour procurer au commerçant un crédit assez large, s'affirme.

La loi du 8 août 1913 sur les warrants hôteliers est une preuve frappante de ce que nous avançons. On sait que l'industrie hôtelière a pris, depuis le développement du goût des voyages, une importance considérable dans tous les pays. Mais cette profession exige une avance de capitaux très importante. L'hôtelier a donc cherché, pour essayer de lutter contre la concurrence étrangère envahissante, à se procurer des fonds pour mettre son matériel et son mobilier en rapport avec les exigences du luxe moderne. Mais, quel était son moyen de crédit ? A-t-on pensé à recourir à la loi de 1909 ? Nullement. On songea bien à la création de banques

hôtelières sans d'ailleurs la réaliser. Quant au nantissement organisé par la nouvelle loi, on reconnut de suite qu'il ne pouvait être d'aucun secours. C'est, qu'en effet, l'hôtelier a besoin de locaux très vastes pour exercer son industrie, il paie donc des loyers énormes qui constituent même une grosse partie de ses frais généraux. Dans ces conditions, étant donnés les droits du propriétaire-bailleur, les prêteurs reculaient devant une telle concurrence. Le rapporteur de la loi au Sénat, M. Goirand, s'est exprimé à ce sujet d'une façon très catégorique :

« Lorsqu'on examine de près, dit-il, cette loi sur le nantissement des fonds de commerce, on constate que cela ne limite aucunement le privilège du propriétaire et que ce dernier conserve son gage sur tous les meubles ; il n'y a que sur la valeur immatérielle du fonds qu'il vient au même rang que les autres créanciers. *Renvoyer les hôteliers à recourir à cette loi eût été une dérision....* La solution de la question était donc dans *la limitation du privilège du propriétaire.* » C'est la confirmation de notre thèse. Ce qui est vrai pour les hôteliers l'est pour beaucoup d'autres commerçants.

Aussi, se demande-t-on pourquoi le législateur, se rendant si parfaitement compte de l'imperfection de son œuvre, a-t-il cru devoir néanmoins la respecter si pieusement. Le rapporteur disait plus loin : « Il eût été certainement plus simple, au lieu de faire une loi complète en un grand nombre d'articles, d'ajouter à la loi

sur le nantissement des fonds de commerce une disposition limitant le privilège du propriétaire. On eût atteint le même résultat qu'en répétant dans une loi nouvelle la plupart des dispositions des lois antérieures. » Cela est parfaitement vrai. Et l'on n'y aurait point gagné seulement en simplicité : on eût, du même coup, amélioré très sensiblement la loi de 1909 en son entier, surtout si l'on ne s'était pas contenté de limiter le privilège, mais aussi le droit de résiliation du bailleur. Ceci n'est d'ailleurs qu'une question de temps. Comme pour beaucoup de lois modernes, il a fallu aller vite : on a reculé devant une modification profonde de la loi de 1909. L'important était de donner satisfaction aux hôteliers, comme on le leur avait promis. Malheureusement, non seulement on a laissé échapper l'occasion d'améliorer la loi de 1909, mais encore on n'est parvenu qu'à élaborer une réforme qui a le double défaut de mécontenter ceux pour qui elle est faite, en même temps que ceux contre qui elle est faite. L'examen des dispositions de la loi du 8 août 1913 va nous le montrer.

Cette loi est inspirée de celle du 30 avril 1906 sur les warrants agricoles. Elle décide « qu'à l'avenir, tout exploitant d'hôtel à voyageurs peut emprunter sur le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à son exploitation », et cela tout en en conservant la garde dans les locaux de l'hôtel, à la condition que ces objets ne soient pas immeubles par destination.

Dans chaque greffe du tribunal de commerce est institué un registre à souche dont le volant et la souche portent chacun les indications requises par la loi : nature des objets warrantés, affirmation de l'inexistence d'un privilège de vendeur, de nantissement ou de gage antérieur sur ces objets, montant du loyer annuel, justification que l'emprunteur a payé au propriétaire de l'immeuble, les loyers échus, 6 mois de loyers en cours et 6 mois à échoir.

C'est le volant qui constitue le warrant transmissible par voie d'endossement. Faute de paiement du warrant à l'échéance, le porteur a, pour la réalisation de son gage, les droits conférés aux créanciers privilégiés ou garantis par un nantissement, conformément à la loi de 1909. Il est payé directement de sa créance sur le prix de vente, par préférence à tous créanciers : « Toutefois, dit l'article 11, le bailleur peut exercer son privilège jusqu'à concurrence de 6 mois de loyers, non compris les loyers en cours et les loyers d'avance visés à l'article 2. »

Comme pour le warrant agricole, la réforme ne pouvait se faire qu'en portant atteinte aux droits du bailleur, dont la situation se trouve complètement modifiée.

L'article 2 règle les rapports du commerçant emprunteur avec son propriétaire de la manière suivante. L'hôtelier doit, avant tout emprunt, aviser, par acte extra-judiciaire, le propriétaire ou l'usufruitier du fonds loué, « de la nature, de la quantité et de la valeur des

objets constitués en gage, ainsi que du montant des sommes à emprunter ».

L'avis devra être réitéré par lettre, par l'intermédiaire du greffier de la justice de paix du canton où est exploité l'hôtel. Le propriétaire aura, pour s'opposer à l'emprunt, un délai de 15 jours, à compter de la notification qui lui a été faite ; mais il ne pourra le faire utilement que s'il lui est dû des loyers échus, 6 mois de loyers en cours et 6 mois à échoir.

En le désintéressant de ces loyers, le commerçant obtiendra main-levée de l'opposition du bailleur.

D'autre part, le défaut de réponse du propriétaire dans le délai de quinzaine sus-énoncé est considéré comme une « non-opposition » à l'emprunt.

Si l'emprunt est réalisé régulièrement, conformément aux prescriptions de l'article 2, « le privilège du bailleur est réduit jusqu'à concurrence de la somme prêtée sur les objets servant de gage à l'emprunt ». Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'hôtelier néglige l'opposition régulière du bailleur, le privilège de ce dernier « subsiste dans les termes de droit ».

L'atteinte portée au privilège du bailleur est donc considérable. Il ne faut pas se dissimuler, en effet, qu'aucune limitation n'étant imposée au chiffre d'emprunt, l'hôtelier essaiera de tirer, de son nouveau moyen de crédit, le plus large parti possible, c'est-à-dire engagera son mobilier industriel pour la totalité de sa valeur.

Cela est d'autant plus probable, que les meubles sont,

en cas de vente forcée, soumis à une dépréciation assez forte dont les prêteurs tiendront compte dans leur évaluation du gage qui leur est offert.

La Chambre des députés n'avait pourtant pas hésité à donner à la loi un caractère rétroactif. Le projet, par elle voté, s'exprimait ainsi : « Tout exploitant d'hôtel à voyageurs peut emprunter.... » Aucune restriction n'était indiquée, aucune distinction imposée entre les hôteliers dont le bail serait en cours lors de la promulgation de la loi et les autres.

Une telle mesure était exorbitante et contraire à l'équité. Les droits des propriétaires d'immeubles étaient manifestement violés, puisqu'ils avaient consenti leurs baux avec la conviction d'être suffisamment garantis et peut-être sous des conditions qu'ils n'auraient pas acceptées en présence du changement qu'on leur imposait.

Le Sénat a repoussé cette iniquité. De ce fait, pour les hôteliers dont les baux sont en cours, c'est-à-dire ont date antérieure à la loi (qui n'entrera d'ailleurs en vigueur que 4 mois après sa promulgation), celle-ci ne sera applicable qu'avec l'agrément du bailleur : « Il faut, dit l'article 16, son consentement exprès. »

Si l'on songe à la longue durée des baux, dans l'industrie hôtelière, on se rend compte que le régime nouveau ne fonctionnera pendant quelques années que partiellement, pour les hôteliers dont les baux seront postérieurs à la loi. Quant aux autres, nous craignons fort qu'ils n'aient pas grand'chose à en espérer actuel-

lement, puisqu'ils sont soumis à la volonté des propriétaires.

Mais le fait le plus grave, le vice qui enlève à la loi la plus grande partie de sa signification, est la faculté donnée au bailleur de stipuler, au moment de la conclusion du bail, toutes les mesures propres à le mettre à l'abri des conséquences de la limitation de son privilège, soit en augmentant ses garanties par des loyers d'avance, par un nantissement du mobilier, soit même en interdisant expressément au commerçant de faire usage de la faculté que la loi lui accorde.

La Chambre des députés avait été, cette fois, mieux inspirée en donnant à la loi un caractère d'ordre public et en prohibant toutes dérogations à ses dispositions. Mais le rapporteur de cette loi au Sénat s'est élevé contre cette manière de voir : « Telle qu'elle est... cette loi ne répondra peut-être pas à toutes les espérances des hôteliers ; ils ne doivent point se faire d'illusions ; beaucoup de propriétaires prendront des précautions qui limiteront, dans une grande mesure, l'application de la loi. » Ce n'est pas douteux. Et, bien que le président de la commission au Sénat ait affirmé qu'il n'y a pas d'opposition à craindre entre les intérêts du propriétaire et ceux du locataire, qu'au contraire le propriétaire verra, avec plaisir, le commerçant emprunter pour aménager ou embellir l'hôtel, et augmenter ainsi son gage, nous ne saurions partager cet optimisme. On se méprend en comptant sur une telle complaisance de

la part des propriétaires. Peut-on, d'ailleurs, songer à les en blâmer ? Il s'agit, nous le répétons, de loyers fort importants, consentis pour un grand nombre d'années. N'est-il pas naturel, puisqu'on ne l'en empêche, qu'un propriétaire soucieux de ses intérêts ne songe immédiatement à stipuler que la faculté de recourir aux warrants sera toujours subordonnée à son agrément. Ceci sera, nous le craignons, une clause de style dans les actes notariés (1) et, dès lors, la situation restera à peu près la même qu'avant la loi.

On a voulu limiter les droits du bailleur, et l'on s'est arrangé de telle sorte que les dispositions prises à cet égard ne soient applicables qu'avec son agrément ; c'est un cercle vicieux.

Quoi qu'il en soit, cette loi n'en est pas moins une justification des idées que nous défendons. Elle constitue une nouvelle atteinte au privilège du bailleur, privilège respectable, mais dont l'étendue est incompatible avec la législation et les besoins actuels.

Bien entendu, le bailleur n'a été considéré comme dangereux que dans l'exercice de son privilège. Le droit de résiliation, dont les conséquences sont plus menaçantes encore pour le fonds, est toujours intact ; et de ce côté, aucune voix ne s'est encore élevée, pour réclamer une atténuation.

(1) Dès maintenant le notariat s'occupe d'insérer cette clause dans les baux d'hôtel. Voir à ce sujet : *Journal du notariat* du 2 octobre 1913 (p. 627 à 629) un modèle proposé, de clause interdisant à l'hôtelier de warranter son matériel sans l'autorisation du bailleur.

Dans le cas particulier, le bailleur qui, lors du bail, n'aura pris aucune mesure pour atténuer ou prohiber le warrant n'aura pas d'autre ressource que d'expulser son locataire, sans tarder, dès l'arrêt du paiement des loyers. Il est vrai que l'article 14 de la loi de 1909 impose au bailleur poursuivant la résiliation du bail, certaines formalités quand il y a des créanciers inscrits en vertu de cette loi ; mais doit-il les observer quand il n'a en face de lui que des porteurs de warrants ?

La loi du 8 août 1913 ne le dit pas. Les motifs qui ont fait imposer cette obligation au bailleur dans le premier cas se retrouvent ici. Même si leur garantie ne porte que sur le matériel, les porteurs de warrants auront tout à gagner de la vente du fonds *in globo*. Ils essaieront donc d'empêcher la résiliation intempestive du bail.

Bien plus, en admettant que le bailleur se soumette à l'article 14 de la loi de 1909, les créanciers n'auront d'autre moyen d'empêcher la résiliation que de le désintéresser. N'aura-t-il pas encore la certitude d'être malgré tout payé le premier ?

La question n'est donc pas aussi simple que paraît le croire le législateur. Nous prétendons qu'après la loi qui vient d'être votée, elle reste entière.

En terminant, nous observerons que, sous certains côtés, le warrant ne donnera pas les mêmes avantages que le nantissement. Les prêteurs ne s'en contenteront probablement pas, ou bien, ils exigeront, en même

temps, un nantissement qui leur assure, au moins, une priorité certaine, sans conflit possible avec le bailleur, sur les éléments incorporels du fonds.

La situation de certains fonds va devenir, avec toutes ces lois, d'une complication inextricable, et les praticiens des affaires commerciales, les syndics, par exemple, qui se plaignaient de la complexité de la loi de 1909, ne sont pas au terme de leurs peines.

3° Rang du bailleur.

Avant de considérer quel est le rang du bailleur d'immeubles en conflit avec les autres créanciers, il importe de faire une observation générale sur la façon dont la loi de 1909 a entendu organiser la réalisation du fonds de commerce.

Le législateur a, nous l'avons fait déjà remarquer, pensé, avec beaucoup de raison, qu'il était d'un intérêt capital d'assurer au fonds le maximum de cohésion et d'empêcher, autant que possible, la dissociation des divers éléments corporels et incorporels qui le composent, et qui se trouveraient dépréciés par un démembrement. C'est dans ce but qu'il a édicté les dispositions de l'article 20, qui tendent à éviter, le plus possible, la vente séparée d'un ou plusieurs éléments du fonds grevé d'inscriptions.

Pour cela, il a fallu apporter à l'exercice des droits des créanciers, pris individuellement, une entrave, dans l'intérêt de tous. Le bailleur a donc vu sa situation

modifiée tout naturellement, et n'a plus la faculté de poursuivre isolément la réalisation des éléments grevés de son privilège.

Mais le but de la loi n'a été qu'imparfaitement atteint, car le bailleur est précisément le créancier qui mettra le plus souvent en péril, malgré le désir de la loi, l'intégrité de l'universalité qu'est le fonds de commerce.

Quoi qu'il en soit, celui-ci se trouvera généralement réalisé *in globo*. Le matériel et les marchandises qui forment ordinairement le gage du bailleur seront vendus en même temps que les éléments incorporels, sur des mises à prix distinctes ; ou même, plus souvent, elles seront reprises par l'acquéreur, conformément aux stipulations du cahier de charges, à des prix fixés à dire d'experts.

A ce propos, on peut se demander si l'article 20 a été suffisamment clair, en ce qui concerne la réalisation de ces éléments.

Il prévoit deux méthodes différentes. « Le matériel et les marchandises, dit-il d'abord, seront vendus en même temps que le fonds sur des mises à prix distinctes. »

Mais, on l'a fait remarquer, ceci est peu pratique. Comment pourra-t-on être sûr que les enchères seront couvertes sur les trois éléments du fonds par la même personne ? Il y aura là une menace, un danger pour ceux qui désirent acquérir le fonds *in globo*.

Le moyen serait de réunir alors les prix des trois lots sur une nouvelle mise à prix. La plus-value obtenue par cette réunion reviendrait au prix primitif de l'adjudication des éléments incorporels, puisqu'elle résulterait uniquement du groupement des éléments composant le fonds.

Très généralement, la seconde méthode prévue par l'article 20 est employée.

Mais, ici, l'inconvénient paraît être, d'une part, de laisser l'acquéreur dans l'incertitude du prix qu'il aura à payer, et, d'autre part, de ne pas donner lieu à des enchères sur ces éléments, qui ne seront pas ainsi vendus, comme le poursuivant semblerait en droit de l'exiger, au plus offrant.

Toutes ces difficultés découlent, d'ailleurs, du système de la loi, nécessitant trois prix distincts, tant pour la distribution aux créanciers inscrits que pour l'inscription du privilège du vendeur, privilège qui s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux divers éléments du fonds (art. 1^{er}).

Lorsque le fonds aura été vendu, il s'agira d'en distribuer le prix entre les créanciers. On pourra y parvenir de trois manières différentes :

1° Amiablement.

2° Par voie de distribution par contribution.

3° Par la procédure de faillite ou de liquidation judiciaire.

La première méthode serait évidemment la plus éco-

nomique et la plus rapide : la loi de 1909 n'y met point obstacle. Mais cette façon de procéder nécessite le consentement de tous les créanciers ; l'acquéreur du fonds ne saurait trancher lui-même les différends qui pourront s'élever entre ces derniers, et, le plus souvent, il agira prudemment en consignait son prix. Pourtant, il existe des cas où certaines créances pourront être payées avec le minimum de risques et parfois avec un très grand intérêt pour l'acquéreur : précisément les loyers dus au propriétaire des locaux où le fonds est exploité rentrent dans cette catégorie. Le privilège du bailleur étant, le plus fréquemment, indispensable, l'acquéreur n'aura pas à craindre de payer deux fois ; et d'autre part, celui-ci trouvera là le seul moyen d'empêcher l'action en résiliation du propriétaire, action dont les conséquences seraient fort graves. Ainsi le bailleur aura l'avantage d'être, dans des cas assez nombreux, payé à l'amiable.

La deuxième méthode, c'est-à-dire la distribution par voie de contribution, est plus employée.

A défaut d'entente, dit l'article 6, et sur la sommation de tout créancier inscrit, l'acheteur est tenu, dans la quinzaine, de déposer à la Caisse des dépôts et consignations le montant de son prix. Ce sera, alors, la distribution par contribution normale, sur laquelle nous n'avons pas à nous étendre.

Enfin, le dernier procédé est la procédure ordinaire de la faillite ou liquidation judiciaire, qui n'a pas subi

par la loi nouvelle de graves modifications, sauf en ce qui concerne l'article 550 du Code de commerce, relativement au privilège du vendeur, et la disposition de l'article 15 de la nouvelle loi, qui n'autorise plus l'attribution directe aux créanciers nantis, qu'en l'absence d'autres créanciers. Or, puisque l'on parle de faillite, il y aura généralement d'autres créanciers.

Telles sont donc les diverses façons de distribuer aux créanciers leur part. Il est regrettable que la loi de 1909 s'en soit, d'ailleurs, ainsi tenue à ces procédures anciennes, et surtout à celle de la contribution, si longue et si coûteuse.

On a reproché, avec raison, au législateur, de ne pas avoir donné, dans tous les cas, compétence absolue au tribunal de commerce pour régler cette distribution (Voir Montier et Faucon, *loc. cit.*, p. 285).

Ayant ainsi rappelé les modes de répartition du prix de vente du fonds, voyons dans quelle situation le bailleur va se trouver vis-à-vis des autres créances du commerçant.

S'il ne peut plus, comme autrefois, agir isolément, et saisir seul les éléments qui sont grevés de privilège, il n'en est pas moins vrai que sur le prix de ces éléments, son privilège n'a subi aucune atteinte. Le législateur et la jurisprudence l'ont maintes fois répété déjà : le droit du bailleur est intact, et le législateur l'a affirmé tout récemment encore.

M. Cordelet répétait au Sénat (*J. off.*, 4 mars 1913) :

« Le bailleur conserve, au surplus, tous les avantages du droit commun. »

Pour rendre compte de sa situation exacte, nous passerons en revue les divers créanciers susceptibles de primer ou de concurrencer le bailleur considéré comme privilégié.

En tête des créances, nous trouvons les frais de justice. En vertu de l'article 661 du Code de procédure civile, le bailleur, toujours favorisé, a le droit de faire statuer sur son privilège par voie de référé, sans attendre la fin de la distribution par contribution. On sait que les frais de justice ne priment les privilèges spéciaux que s'ils ont concouru à la conservation et à la réalisation du gage, et s'ils ont servi à la réalisation de l'actif. Nous verrons que le bailleur peut encore, malgré la nouvelle loi, user de la procédure du référé, et que quand la tentative d'adjudication poursuivie conformément à l'article 20 a échoué, le bailleur n'est nullement, comme les créanciers nantis, primé par des frais qui n'ont pas été faits dans son intérêt (1). Les autres privilèges susceptibles de primer celui du bailleur sont :

Privilège du conservateur de la chose. — Ce privilège, encore mal délimité, tend néanmoins à recevoir de plus en plus nombreuses applications. Il sera généralement peu à craindre par le bailleur. Mais, dès maintenant, nous signalons que la pratique a essayé avec

(1) Cf. Montier et Faucon, *loc. cit.*, n° 264, § 2.

succès de faire de ce privilège un usage qui élargirait beaucoup son champ d'application et qui apporterait précisément un remède aux dangers de la résiliation intempestive du bail.

Privilège du Trésor public. — Ici encore, le bailleur se trouve dans une situation assez heureuse, puisque les contributions indirectes ne passent qu'après 6 mois de loyers dus au bailleur. Le Trésor, dans tous les autres cas, primera le bailleur, mais il est curieux de constater qu'à chaque instant l'on rencontre des faveurs nouvelles pour ce créancier.

Nous nous trouvons ainsi amenés en présence de créanciers vis-à-vis desquels la situation du bailleur va nous apparaître, cette fois, comme nettement favorable, mais aussi plus délicate à déterminer.

Avant d'aborder l'étude des conflits les plus fréquents entre le bailleur et les autres créanciers, nous tenons à faire observer que les idées que nous soutiendrons sur ce point, pourraient paraître en contradiction avec celles que nous avons défendues jusqu'ici, relativement au privilège du bailleur.

Nous avons dit que ce privilège nous paraissait trop étendu. Or, nous nous efforcerons maintenant de montrer que, contrairement à l'opinion générale, on doit, dans presque tous les cas où le bailleur se trouve en conflit avec les autres créanciers du commerçant, lui reconnaître la priorité.

Nous n'entendons pas dire qu'en l'état actuel de la

législation, ce système soit équitable, car il aboutira souvent à priver les autres créanciers de la part sur laquelle ils devraient pouvoir compter ; mais nous prétendons qu'en en décider autrement, c'est causer au commerçant, à son acquéreur, et aux créanciers intéressés eux-mêmes, des difficultés insurmontables. Et ceci renforcera encore notre conclusion, à savoir que c'est à l'étendue du privilège que l'on doit s'attaquer pour essayer de ramener entre les créanciers une égalité qui n'existe pas à l'heure actuelle.

Les conflits qui se présentent sous l'empire de la loi de 1909 sont heureusement moins fréquents qu'auparavant, et cela, par suite de l'impossibilité établie par elle de donner les marchandises en nantissement. Il est clair que sur cet élément si important du fonds, aucun conflit n'existera plus entre le bailleur et le créancier nanti, comme d'ailleurs entre ce dernier et le vendeur de marchandises.

Il pourra, toutefois, se produire encore entre le bailleur et le vendeur de marchandises. Enfin sur le matériel, la situation reste entière, entre le bailleur et le créancier nanti.

Le premier de ces conflits ne soulève pas de grandes difficultés. Le bailleur sera généralement préféré au vendeur, conformément aux dispositions de l'art. 2104, § 4 ; il n'en sera autrement que s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a été averti ou s'il a eu connaissance du non-paiement des marchandises au moment où celles-ci entraient dans les locaux dont il est le bailleur.

Rappelons, d'ailleurs, que l'article 550 du Code de commerce dispose que ce privilège du vendeur de meubles s'éteint par suite de la faillite et donne ainsi au bailleur une situation encore meilleure.

Au contraire, les conflits entre bailleur et créancier nanti, beaucoup plus fréquents, sont aussi beaucoup plus difficiles à régler.

Il existe, sur ce point, des opinions entièrement opposées, mais l'une d'elles a, en sa faveur, une très grande majorité de suffrages.

Certains auteurs paraissent accorder en tout état de cause leur préférence au créancier nanti (1).

D'autres, et c'est l'immense majorité (2), appuyés d'ailleurs par la jurisprudence, distinguent deux cas : Si le bail est antérieur au nantissement, ils donnent la préférence au bailleur ; dans le cas contraire, c'est-à-dire en cas de renouvellement de bail ou de déplacement de fonds, ils préfèrent le créancier nanti. Enfin, une dernière opinion donne, au contraire, dans tous les cas, préférence au bailleur.

M. Bouvier-Bangillon, qui préfère le créancier nanti au vendeur de marchandises, sans s'arrêter à la bonne ou mauvaise foi de ce créancier nanti, donne la priorité

(1) Bouvier-Bangillon, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, nos 410 à 412.

(2) Percerou, *Annales de droit commercial*, 1903 ; Lesur, *loc. cit.*, p. 1911 ; Denquin, thèse Paris, p. 159 et suiv. ; Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*, t. I, n° 480, p. 428 ; Montier et Faucon, *loc. cit.*, n° 142 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 67.

à ce dernier contre le bailleur. Pour lui, il n'est pas vrai maintenant de dire qu'il y a là deux privilèges de même nature dont le rang doit être déterminé par la date. Depuis 1909, le bailleur est un gagiste, mais le créancier nanti est un véritable créancier hypothécaire. Le nantissement est une hypothèque mobilière mal dénommée, et cette hypothèque est soumise à la loi de publicité dans toute sa rigueur.

Nous ne nous attarderons pas à cette opinion que nous trouvons contestable en théorie, et surtout absolument inadmissible en pratique. En critiquant celle qui suit, nous y répondrons *a fortiori*.

La deuxième opinion, presque unanime, part du principe que nie M. Bouvier-Bangillon, savoir que nous sommes en face de deux créanciers gagistes. Le gage du bailleur est tacite ; celui du créancier nanti résulte d'une constitution expresse ; mais la nature des sûretés de ces créanciers est la même. C'est donc leur date respective qui doit servir à les classer.

Si le bail est antérieur au nantissement, ou du moins à l'inscription de ce nantissement, le privilège du bailleur primera celui du gagiste. Sinon, ce sera le contraire.

D'ailleurs, il faut le reconnaître, la première hypothèse est la plus normale. Aucune difficulté ne pourra alors se produire, si ce n'est peut-être pour déterminer dans certains cas la date exacte du bail, comme nous allons le voir.

Mais il peut arriver, et même fréquemment, que le

bail soit postérieur au nantissement. Cela se produira dans deux cas, soit quand le bail est renouvelé sans que le fonds change de place, soit quand il s'agit d'un nouveau bail dans d'autres locaux, à la suite d'un déplacement de fonds.

1^{er} CAS. — *Renouvellement du bail.*

Ordinairement, ce renouvellement sera plutôt la continuation du bail antérieur, soit par tacite reconduction, soit en vertu de la faculté que s'en est réservée le preneur, dans le bail primitif, ou de promesses postérieures de prolongation. Il pourra se produire d'assez grandes difficultés pour apprécier si on se trouve réellement en présence de l'ancien bail continué. Mais, s'il en est ainsi, tous les auteurs qui soutiennent la théorie dont nous nous occupons, accordent encore la priorité au privilège du bailleur, puisqu'il est le plus ancien en date. C'est là une évidence. Au contraire, s'il y a réellement un bail nouveau, entièrement distinct de l'ancien, le privilège du bailleur naît, cette fois, primé par les inscriptions qui ont été prises au cours du précédent bail.

Il en résulte qu'en admettant cette opinion, on doit obliger le bailleur, avant de consentir à nouveau le bail de ses locaux, à s'assurer que le commerçant n'a pas donné son fonds en nantissement, ou que ce fonds n'est point grevé du privilège du vendeur, et pour cela, requérir un état au greffe. La loi, disent les auteurs, a

organisé une publicité. Le bailleur ne peut plus prétendre qu'il ignorait que les objets garnissant les lieux loués étaient déjà compris dans le gage d'autrui. Le créancier nanti n'a pas à le prévenir. C'est à lui à consulter les registres des inscriptions, et s'il ne le fait pas, il n'a à s'en prendre qu'à sa négligence. Comme les tiers, en général, il est réputé connaître le nantissement ; il n'est donc plus de bonne foi.

D'ailleurs, ajoute-t-on, la jurisprudence n'a jamais forcé ceux qui avaient des droits sur des meubles à en prévenir le bailleur, par une notification, pour le constituer en état de mauvaise foi. Il suffit, d'après elle, que le bailleur « ait su ou dû savoir ».

Ainsi, pour conclure, le privilège du bailleur s'est éteint avec son bail, et il en naît un autre, mais qui ne prend rang qu'à la date du nouveau bail.

2^e CAS. — *Déplacement du fonds.*

Ici, la réponse est encore plus simple. Le commerçant change de local ; il va se présenter à un nouveau propriétaire ; il n'y a plus de difficultés pour savoir si le bail qu'il va conclure continue l'ancien. Le créancier nanti et inscrit primera toujours, disent les auteurs, le nouveau propriétaire. Bien entendu, il faudra que les créanciers se soient conformés aux règles édictées par la loi dans l'article 13.

Le commerçant qui veut déplacer son fonds de commerce doit prévenir ceux-ci au moins quinze jours à

l'avance, avec indication du siège du nouveau fonds, et cette formalité est sanctionnée par l'exigibilité immédiate de la créance, si elle n'est pas observée. Le créancier, ainsi prévenu, doit, de son côté, dans la quinzaine de la notification, régulariser son inscription, en la faisant reporter à sa date sur le registre du tribunal du ressort où se trouve le fonds nouveau.

Il est à remarquer que si le créancier ne remplit pas lui-même ces formalités dans le délai imparti, on décide généralement qu'il perd son privilège, non seulement à l'égard des nouveaux créanciers quels qu'ils soient, mais même des anciens créanciers chirographaires. Au contraire, si le créancier est diligent, son inscription se trouvera conservée à sa date.

On voit que le propriétaire saura difficilement à quoi s'en tenir au moment de conclure le bail. Devra-t-il consulter les inscriptions au siège de l'ancien fonds ? Ce serait prudent ; mais il y a là, remarquons-le d'un mot, une situation bien embarrassante et dangereuse pour lui.

Telle est l'opinion générale. La jurisprudence l'a consacrée dès avant la nouvelle loi (Rouen, 11 déc. 1901, et Tourcoing, 30 sept. 1902, D. 03. 1. 169 et 179).

On avait pensé, à cette époque, pour protéger encore plus le créancier nanti, à invoquer un argument, en réalité assez malheureux. Le gagiste, dans la seconde de ces affaires, prétendait que l'inscription de son nantissement avait eu pour effet de déposséder fictivement

le bailleur de son gage sur les objets garnissant l'immeuble loué et que le bailleur aurait dû, pour conserver son droit de suite, exercer, dans la quinzaine de l'inscription, la revendication prévue dans l'article 2102 du Code civil.

Le gagiste allait même jusqu'à dire que la loi de 1898 ayant eu pour effet de dispenser le créancier nanti de signifier au bailleur le nantissement comme l'y obligeait autrefois la jurisprudence, le propriétaire était maintenant suffisamment averti par l'inscription. Sans s'arrêter à ce dernier argument, qui repose sur une erreur grossière, puisqu'il est bien évident, comme le fait remarquer le jugement, que le bailleur était averti alors, non comme créancier, mais comme débiteur, de l'obligation de faire jouir le locataire, nous repousserons de suite les prétentions du gagiste.

Le jugement du tribunal de commerce de Tourcoing les rejeta en ces termes : « Attendu que le propriétaire est un créancier qui, par exception à la loi commune, ne doit pas posséder son gage, soit par lui-même, soit par un tiers, mais qui le possède par l'intermédiaire de son débiteur à terme, le locataire. Que, par ce moyen, il était en possession de son gage bien avant qu'il ne fût donné en nantissement..... »

Après avoir ainsi réglé la prétention du gagiste, le tribunal admet d'ailleurs l'opinion signalée plus haut : « Attendu que si l'inscription du nantissement était antérieure au bail, le créancier nanti devrait primer le

propriétaire qui serait incontestablement un tiers pour lui..... »

Ainsi l'idée est ancienne, et, nous l'avons dit, maintenant à peu près générale. Nous nous empressons de déclarer qu'elle nous paraît avoir des conséquences absolument inadmissibles. A vrai dire, ses partisans paraissent, quelques-uns du moins, s'en soucier fort peu. M. Denquin, dans sa thèse précitée, écrit : « Nous ne nous laisserons pas influencer par cette constatation qu'une telle solution est susceptible d'exposer le commerçant qui a donné son fonds de commerce en nantissement à des refus de location ou à des conditions plus dures, les considérations d'intérêt devant plier devant le respect des droits acquis..... », et plus loin : « Cette constatation ne saurait nous amener à sacrifier les commerçants. »

Nous craignons que M. Denquin y soit conduit malgré lui et qu'il ne sacrifie à la fois les droits acquis du bailleur, et surtout du commerçant et des créanciers nantis.

Il suffit, en effet, de considérer un instant ce qui va se passer en admettant l'opinion générale. Dans le cas où le bail est seulement renouvelé, le bailleur, sans raison plausible, et sans pouvoir l'éviter, perdra le rang que le législateur a tenu à lui assurer : les deux parties sont dans la même situation, et pourtant les créanciers gagistes vont voir subitement leur sort s'améliorer. En pratique, voici ce qui va se produire : le bailleur prendra des mesures pour s'assurer d'autres garanties, et

s'il n'obtient pas toutes celles qu'il exige du commerçant, il refusera de renouveler le bail. Que deviendront alors ces droits acquis dont on nous a parlé ? Que sera le fonds, sans bail ?

Il en sera de même, en cas de déplacement projeté du fonds. Quel propriétaire consentira à se contenter d'un gage grevé d'inscriptions qui le priment, si ce n'est à des conditions onéreuses et souvent inacceptables pour un commerçant dont les affaires sont, par hypothèse, à un moment difficile.

La conséquence de tout ceci est claire : le commerçant ne pourra pas trouver de locaux pour continuer son exploitation ; les créanciers assisteront à l'anéantissement de leur gage. Quant au bailleur, il s'empressera de réaliser les marchandises et le matériel isolément, puisqu'il n'y aura plus de droit au bail.

C'est pourquoi nous nous rallions à la troisième opinion, non pas parce qu'elle est favorable au bailleur, mais parce que, seule, elle est compatible avec l'application de la loi de 1909.

Cette opinion a été défendue par MM. Boutaud et Chabrol (1). Si elle donne au bailleur la préférence, alors même que le bail est postérieur en date au nantissement, c'est bien évidemment surtout pour éviter les résultats pratiques désastreux que nous avons relatés, mais il est clair qu'on devrait la rejeter, si elle heurtait

(1) *Fonds de commerce*, nos 377 à 379.

manifestement les règles de droit, si elle n'avait pas de fort bons arguments à faire valoir au strict point de vue théorique.

Or, même considérée sous ce dernier aspect, elle nous paraît beaucoup plus rationnelle.

On semble oublier, dans la discussion, la nature exacte du droit au bail, dans le fonds de commerce. Nous l'avons dit, ce droit est l'un des éléments essentiels du fonds. Bien plus, il en est, pour ainsi dire, dans beaucoup de cas, l'élément fondamental, qui en assure l'existence, l'individualité et la valeur.

Le jugement de Tourcoing que nous avons cité plus haut, p. 61, dit : « Attendu que le créancier peut d'autant moins méconnaître ce droit du bailleur appelé à primer le sien propre, qu'en thèse générale on peut dire que le droit au bail est un des éléments essentiels du fonds de commerce... »

Lorsque le commerçant donne en nantissement son fonds, il engage notamment ce droit au bail. N'est-il pas juste que le créancier ne reçoive cette sûreté qu'en acceptant les charges réelles qui la grèvent ?

Il n'y a là, pour le créancier nanti, rien d'imprévu : il sait que ce droit au bail est la condition nécessaire pour assurer à son gage une stabilité réelle ; mais aussi que ce droit a été conféré par un tiers, qui ne l'a fait que sous certaines conditions, et qu'il ne peut prétendre s'enrichir au détriment d'autrui. Il n'est pas surpris ; il accepte cette situation comme équitable.

D'autre part, en renouvelant, par exemple, un bail arrivé à son expiration, ou en consentant au commerçant qui a déplacé son fonds un nouveau bail, le propriétaire agit certainement dans l'intérêt de tous les créanciers du commerçant. Il joue là le rôle de conservateur de la chose (Boutand et Chabrol, n° 379). Il est donc encore tout naturel que le créancier nanti s'incline devant le bailleur, et cela dans son propre intérêt, pour faciliter le plus possible la continuation du fonds menacé de disparaître, pour sauver son gage.

Bien mieux, il nous semble que c'est dans ces hypothèses plus que dans toute autre que le privilège du bailleur est justifié. Nous avons déjà émis cette idée en discutant la légitimité de ce privilège, et nous y revenons, car elle semble avoir fort peu frappé la doctrine ou la jurisprudence jusqu'à ce jour. Il est bien évident que le propriétaire qui consent à un créancier grevé un nouveau bail se trouve dans une situation bien plus intéressante que dans le cas normal.

On pourrait se demander si le fait d'avoir donné en nantissement son fonds, ne prive pas le commerçant de la possibilité d'affecter au profit d'un créancier une partie d'un gage qui appartient déjà à un tiers. Nous ne nous arrêterons pas à cette objection. Bien qu'il ait consenti le nantissement de son fonds, le commerçant conserve sur ce dernier les droits d'un propriétaire, et il peut encore affecter à la garantie d'un créancier certaines valeurs déjà comprises dans ce nantissement, car

le gage porte sur l'universalité du fonds, et non sur chaque élément en particulier. Ce que le créancier peut faire, la loi le peut aussi, *a fortiori* et les droits acquis seraient ainsi respectés.

Telles sont les raisons qui nous font préférer cette opinion. Que l'on considère le bailleur en conflit avec les créanciers nantis : dans un cas, il apparaîtra comme ayant mis dans le patrimoine de leur débiteur un des éléments fondamentaux de leur gage ; dans l'autre cas, comme ayant conservé ce gage ; en définitive, comme devant leur être préféré en toutes circonstances.

Nous l'avons dit, la jurisprudence est conforme à la deuxième opinion exposée plus haut. Un arrêt récent de la Cour de Nîmes du 22 juillet 1912 (*Le Droit*, 30 octobre 1912) a confirmé, et, peut-on dire, définitivement établi l'idée générale de la doctrine, dans les termes suivants : « Attendu que la majorité de la doctrine s'est fixée très justement en ce sens, qu'en cas de concurrence entre un créancier nanti... et le bailleur de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité, la préférence doit être accordée à celui dont le droit est né le premier et se trouve déterminé, savoir par l'époque de la formation du contrat de louage, s'il s'agit du bailleur, et par la date de l'inscription du nantissement en ce qui concerne le créancier, que les causes de préférence qui militent en faveur des deux intéressés sont, en effet, de même nature et dérivent toutes deux de la notion d'un droit de gage sur la chose, celui du bailleur

étant cependant plus étendu quant aux objets auxquels il s'applique, puisqu'il porte, à l'exclusion du créancier nanti, sur le mobilier à l'usage personnel du preneur. »

Ainsi la Cour reconnaît, sans réserve, le principe que nous combattons. Pourtant, deux points retiendront notre attention. Alors que l'arrêt donne comme date pour le nantissement celle de l'inscription, il s'exprime pour le bail d'une autre façon : par la formation du contrat de louage. Il n'exige pas la date certaine. Bien plus, nous verrons qu'on ne se contente pas de la date apparente. Et c'est sur ce point que l'arrêt nous semble intéressant, car il nous permet d'examiner le jeu de la théorie que nous combattons, quand elle se trouve en présence des faits. Rappelons très sommairement ceux dont il s'agissait : « Une personne, sous-locataire de locaux affectés à un commerce de vins et liqueurs, vend son fonds et prend inscription de privilège de vendeur le 31 août 1910. Le locataire principal résilie son bail avec les vendeurs et en consent un autre à l'acquéreur à la date du 1^{er} octobre 1910, enregistré le 16 novembre suivant. »

Si l'on s'en était tenu aux dates apparentes, le vendeur eût dû primer le bailleur ; mais précisément les faits montrent que l'hypothèse est pratiquement impossible. Comme le dit l'arrêt : « Les vendeurs désireux de céder leur fonds à bref délai étaient obligés, pour réaliser cette vente (car le bail en cours expirait le 28 septembre 1910) dans les meilleures conditions possibles,

de s'entendre avec le bailleur. » Et, en effet, la Cour parvint à établir que des pourparlers avaient eu lieu avant le premier octobre, et restitua au bail une date antérieure à la vente. Sans doute, nous ne prétendons pas tirer de cet arrêt des conclusions générales, puisqu'il s'agissait d'une espèce spéciale ; mais il est curieux de constater, par un exemple, la difficulté pratique que l'on éprouve à vouloir porter atteinte au rang du bailleur. La raison en est d'ailleurs bien simple, et nous l'avons indiquée maintes fois : le bailleur fournit au fonds un élément tout différent des autres dont on ne peut se passer, et qu'il est souvent impossible de remplacer.

De cette discussion, il résulte, à notre sens, que le but du législateur doit être la limitation du privilège du bailleur, dans la mesure que nous avons indiquée, de façon à éviter que ce privilège ne soit trop souvent un instrument de spoliation vis-à-vis des autres créanciers ; mais, ceci admis, il nous paraît nécessaire d'assurer dans presque tous les cas la priorité au bailleur, dans l'intérêt de tous, pour garantir au fonds la cohésion nécessaire à l'application de la loi de 1909.

Un dernier conflit peut encore se produire, cette fois, entre le bailleur et le vendeur du fonds sur le matériel et les marchandises. Généralement l'acquéreur du fonds de commerce est, en même temps, le cessionnaire ou sous-locataire de son vendeur. Dans ce cas, la préférence doit être donnée au bailleur, même en se plaçant

au point de vue de l'opinion générale, le bail étant antérieur à la vente. Mais il faut se rendre compte que la question ne présente alors qu'un intérêt très restreint. En effet, le vendeur n'est pas affranchi complètement de ses obligations envers le propriétaire de l'immeuble. Il reste garant des loyers pour le cas où l'acquéreur ne les paierait pas. Qu'importe alors l'ordre de collocation du vendeur et du bailleur ? Si ce dernier ne reçoit pas intégralement ce qui lui est dû, il se retournera contre le vendeur pour lui réclamer personnellement le surplus de sa créance ; et le vendeur n'aura rien gagné à être colloqué le premier. Un exemple peut le faire saisir d'une façon plus frappante. Il faut se rappeler que la vente du fonds de commerce comprend, en réalité, aux termes de la loi du 17 mars 1909, trois ventes séparées pour chacune desquelles un prix spécial doit être stipulé.

C'est sur chacun de ces prix que s'exercera distinctement le privilège du vendeur jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû pour chaque élément. Supposons, dans ces conditions, qu'un commerçant ait vendu son fonds moyennant les sommes suivantes : 5.000 francs pour les éléments incorporels, 5.000 pour les marchandises et 2.000 pour le matériel ; que, lors de la réalisation le prix de revente du matériel et des marchandises s'élève à 4.000 francs, et qu'il soit dû au bailleur 6.000 de loyers. Selon que l'un ou l'autre de ces deux créanciers sera colloqué le premier, on aboutira au résultat

suivant : si le vendeur obtient la préférence, il touchera 4.000 francs, et en perdra 3.000 ; en outre, il se trouvera exposé à la poursuite du bailleur pour les 6.000 fr. de loyer non payés. En définitive, la perte qu'il pourra subir s'élève à 9.000 francs. Si, au contraire, le bailleur exerce le premier son privilège, il touchera 4.000 francs, restera créancier de 2.000 francs qu'il réclamera au vendeur, lequel perdra encore 9.000 francs. De toute façon, le résultat est identique, et la question ne pourrait présenter d'intérêt qu'en cas d'insolvabilité du vendeur.

Dans l'hypothèse où l'acquéreur du fonds ne serait ni cessionnaire ni sous-locataire du vendeur, le conflit entre le privilège du vendeur du fonds et celui du bailleur doit se régler selon les mêmes principes que celui de ce dernier avec le créancier nanti. Nous ne nous y attarderons donc pas.

CHAPITRE IV

DE LA RÉSILIATION DU BAIL.

Nous arrivons maintenant à la plus importante peut-être des questions que soulèvent les rapports du bailleur de locaux affectés au commerce avec son locataire et les créanciers de ce dernier. Dès le début de cette étude, nous avons signalé la gravité particulière du droit de résiliation de bail en présence des dispositions de la loi de 1909.

Le commerçant se trouve dans la nécessité de s'assurer une période de bail aussi longue que possible. Les avantages que lui procure cette mesure sont multiples : il connaît à l'avance, le chiffre de ses loyers et n'a donc pas à redouter de nouvelles conditions plus onéreuses, à peu près inévitables quand il sollicite des renouvellements ou prolongations de bail trop fréquents, il donne à son exploitation une stabilité qui lui permettra de s'y intéresser davantage, avec l'espoir de se créer une clientèle fixe, de revendre dans de bonnes conditions son fonds par la possibilité de transmettre à son successeur les mêmes facilités ; il trouve enfin un crédit sérieux.

On comprend, dans ces conditions, que la résiliation du bail amène une perturbation profonde dans la marche

des affaires des commerçants, et puisse même aboutir à l'anéantissement de son entreprise. C'est pourquoi, il nous semble que le législateur aurait dû apporter à cette question une attention toute particulière. Il ne l'a pas, sans doute, négligée complètement, mais ne s'y est arrêté que pour réprimer certaines fraudes qui se commettaient autrefois journellement en matière de résiliation de bail. Il fallait faire plus, et se demander si l'exercice, même régulier de ce droit, ne devait pas trop souvent, comme nous le montrerons, compromettre l'application et l'efficacité de la loi.

Avant d'entrer plus avant dans le détail de nos explications, rappelons sommairement les différents cas de résiliation du bail. Celle-ci peut être :

1° *Judiciaire*. — Elle découle de deux sources différentes : 1° des principes généraux des contrats synallagmatiques (art. 1184) et ne peut alors être refusée par les tribunaux ; le juge a la faculté d'accorder un délai de grâce au locataire et il en use d'ailleurs le plus souvent ; mais, en présence de la constatation du non-paiement des loyers, il doit prononcer la résiliation ; 2° soit de dispositions spéciales de la loi (art. 1729, 1752, 1666 par exemple) ; dans ces dernières hypothèses, le juge est en droit de ne pas accorder la résiliation, parce qu'il n'a plus seulement à constater un fait, mais à l'apprécier. Bien que nous ne traitons que de la résiliation résultant de l'article 1184, il faut remarquer que, dans les autres cas, elle comportera des dangers aussi

grands et que la multiplicité même des occasions où elle peut se produire ne fait que la rendre plus à craindre.

2° *Conventionnelle*. — C'est probablement la plus fréquente et aussi la plus redoutable. L'immense majorité des baux de quelque importance comme le sont ordinairement ceux du commerçant, contiennent cette clause, devenue traditionnelle : « qu'à défaut de paiement à son échéance d'un seul terme de loyer et x jours après un simple commandement, le bail sera résilié de plein droit si bon semble au bailleur.

Le juge des référés est compétent pour ordonner l'expulsion, le bail indique d'ailleurs formellement qu'une simple ordonnance de sa part suffirait pour expulser le commerçant qui, malgré la clause résolutoire, se refuserait à quitter les lieux. Nous verrons quelles difficultés se sont produites relativement à cette compétence. La loi de 1909 a eu le grand tort de ne pas trancher nettement cette question sur laquelle la jurisprudence est appelée à statuer continuellement. Quoi qu'il en soit, dans ce cas, la résiliation de bail a lieu de plein droit, et le rôle du juge est, en principe, inutile.

3° *Amiable*. — Enfin, la résiliation peut être amiable. On entend, par là, qu'elle est l'œuvre des deux parties, qui conviennent, sans que le contrat l'ait prévu, de détruire le bail primitif. C'est, du moins, le sens ordinaire de cette expression. Mais, on pourrait dire que la résiliation amiable est parfois unilatérale, quand elle

résulte de la manifestation de volonté d'un seul des contractants, bailleur ou preneur, émise, il est vrai, en vertu de la faculté, à lui réservée dans le bail. Ce cas est très fréquent ; il se produit dans tous les baux à périodes successives. Mais la pratique lui donne plutôt le nom de congé. Nous verrons que, malgré le silence de la loi à cet égard, il y a lieu de se demander si les dispositions de l'article 14 relatives à la résiliation proprement dite, ne doivent pas être étendues au congé.

I. — Examen de l'article 14.

Telles sont donc les diverses sortes de résiliation du bail. La loi n'y a consacré que l'article 14. Elle décide que le propriétaire de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce doit notifier sa demande judiciaire en résiliation de bail aux créanciers inscrits sur le fonds, et que le jugement relatif à cette demande ne peut intervenir qu'un mois après cette notification.

Pour la résiliation amiable, l'article 14 prévoit les mêmes formalités : la notification doit avoir lieu également, et la résiliation ne devient définitive qu'un mois après qu'elle aura été faite.

Il importe d'indiquer, dès maintenant, la parfaite analogie de l'article 14 avec l'article 2 de la même loi. Le paragraphe 4 de ce dernier article régleme l'action résolutoire du vendeur de fonds de commerce, et le paragraphe 5 la résolution conventionnelle de la

vente : tous deux exigent les mêmes formalités, et dans les mêmes termes que l'article 14.

Nous reviendrons sur l'intérêt que présente cette similitude.

Les travaux préparatoires de la loi nous renseignent sur le but que s'est proposé le législateur en rédigeant l'article 14. Comme le dit M. Baudet (Rapport au nom de la commission du commerce et de l'industrie), « le propriétaire pourrait, comme cela se produit actuellement, ruiner tous les bons effets de la nouvelle loi, s'il lui était possible de poursuivre la résiliation du bail, sans mettre les créanciers inscrits à même d'intervenir. » Et, en effet, avant la loi de 1909, le commerçant et son bailleur pouvaient s'entendre directement entre eux et combiner des fraudes désastreuses pour les créanciers nantis ou autres. Ceux-ci assistaient d'ailleurs presque impuissants à l'élaboration de la ruine de leur gage. Leur seule ressource était l'action paulienne ; mais on sait combien cette voie offre de dangers en toutes circonstances.

Dans l'espèce, devant le mauvais état des affaires du commerçant, la fraude était pour la plupart des cas presque impossible à prouver. D'ailleurs, elle n'était pas seule à craindre. La résiliation pouvait intervenir dans des conditions normales, mais à l'insu des créanciers. Il devenait donc nécessaire de faire en sorte que ceux-ci fussent prévenus du danger qui les menaçait.

Grâce à l'article 14, s'il s'agit d'une entente fraudu-

leuse, elle sera rendue plus difficile à réaliser devant la nécessité de prévenir les créanciers inscrits. Les fraudeurs reculent généralement devant la publicité de leurs actes. S'il s'agit, disait M. Cordelet, d'un simple embarras des affaires du commerçant, le créancier peut intervenir et payer les loyers. Enfin, si la situation est désespérée et la vente du fonds inévitable, le créancier pourra chercher à la faire opérer dans les conditions les plus avantageuses. Ajoutons que dans de nombreuses circonstances, la résiliation dépend de l'appréciation du juge ; le créancier aura l'espoir de l'empêcher alors plus efficacement encore par son intervention, en faisant valoir des arguments omis volontairement ou involontairement par le commerçant. En résumé, avec le procédé de la loi, on ne sauve peut-être pas les intérêts de créanciers, mais on met ceux-ci en mesure de se défendre, on rend les fraudes plus rares.

La disposition de l'article 14, si elle n'est point parfaite paraît pourtant excellente. Nous ne la trouvons pas suffisante, mais elle constitue certainement, dans son principe, une réforme au-dessus de toute critique. Par un phénomène assez bizarre, elle fut à peu près la seule de la loi qui provoqua des débats parlementaires et rencontra quelque opposition.

Dans la séance du Sénat, du 2 mars 1909, M. de Las Cases intervint pour présenter, contre l'article 14, « certaines observations à lui suggérées par un certain nombre de propriétaires qui voient, dans cet article, une situation spéciale à eux faite ».

M. de Las Cases combattait l'article 14 pour les raisons suivantes :

1° Il est possible qu'au moment de la résiliation, le propriétaire et le commerçant aient un locataire qu'ils n'auront plus un mois après. D'où un préjudice à craindre par suite de la fréquence des périodes de vacance.

2° Il est curieux, alors qu'on se plaint partout des lenteurs de la justice, d'imposer un délai d'un mois avant le jugement. Cela est, de plus, fâcheux, car le propriétaire a besoin d'aller vite : le délai d'un mois lui fait perdre, en réalité, un terme, et, parfois, en province, une année.

3° Enfin, la réforme ne servirait, disait-il, les intérêts de personne. Ni ceux du commerçant, car il est évident que le propriétaire ne cherche pas à l'expulser sans raison, alors que tout espoir d'un retour à meilleure fortune n'est pas perdu, ni ceux du créancier nanti : pourra-t-il faire revivre, en un mois, une entreprise tombée ? D'ailleurs, à l'heure actuelle, les tribunaux accordent largement un délai de grâce aussi long.

Et, en terminant, M. de Las Cases ajoutait : « Est-il donc si intéressant ce créancier nanti ? Le plus souvent, ce sera un commerçant en gros qui aura lancé un petit commerçant en l'obligeant à ne se fournir que chez lui, ou même, un compère qui veut frauder le propriétaire. »

La faiblesse de cette argumentation tant au point de

vue juridique qu'au point de vue pratique nous dispens de longs commentaires. Sans doute, le propriétaire et quelquefois le commerçant éprouveront, du fait de l'article 14, une gêne ; mais ces inconvénients sont de bien peu de poids, en présence des avantages réels de la réforme, que M. de Las Cases a trop facilement oubliés. M. Cordelet a fort bien répondu que le vendeur du fonds est un créancier très intéressant et que le créancier nanti permet en somme au petit commerçant sans capitaux de se lancer dans les affaires. A ce sujet, il faut pourtant reconnaître que les pratiques signalées par M. de Las Cases ne sont que trop fréquentes. Il s'est produit, dans quelques branches du commerce, un phénomène assez étrange : c'est que les commerçants en gros sont devenus, parfois, presque exclusivement des agents d'affaires, et cela dans la plus complète acception du mot.

La vente des fonds de commerce est maintenant, pour ces négociants, la vraie source de leurs bénéfices, au détriment de petits artisans peu au courant des affaires, dont les quelques économies sont vite passées aux mains de ces spéculateurs. On séduit ces pauvres gens par l'offre, à des prix semblant avantageux, de fonds complètement tombés. Le but de celui qui les pousse est de leur fournir exclusivement le plus de marchandises possible, de façon à les tenir complètement dans ses mains. Le remède à cette situation est difficile à trouver. Il ne peut guère résulter que de l'amélioration des moyens de crédit.

Mais il ne faudrait pas, parce qu'il se produit des abus, généraliser, et faire de tous les créanciers nantis de tels spéculateurs. Des inconvénients du genre de ceux que nous indiquons, sont inhérents à tout système de crédit : on ne supprimera pas l'hypothèque parce qu'elle a conduit beaucoup de personnes à dissiper leur fortune. L'exclusion des marchandises du nantissement a fait disparaître le plus gros danger, et ce nantissement rend de réels et importants services : il a permis à une foule de modestes artisans l'accès de petits commerces où beaucoup ont réussi.

Mais, le point sur lequel M. Cordelet insistait, avec raison, était l'importance de l'article 14, à l'égard des créanciers : il y a là, disait-il, « des créanciers d'une qualité particulière qui ont comme une prise sur le fonds, droit éminemment respectable ». A ceux-là, la résiliation du bail peut porter le plus grave préjudice. Nous savons comment. Montrer de l'hostilité à l'article 14, c'est désapprouver toute la loi, car il est indispensable au fonctionnement de cette dernière. Ajoutons enfin que le droit du propriétaire n'est nullement atteint : il attendra, disait encore M. Cordelet, un mois ; mais, avec la législation antérieure, il attendait souvent davantage, par suite des délais de grâce. Et s'il s'agit de résiliation amiable, il pourra fort bien traiter directement de la question avec les créanciers, sans attendre l'expiration du délai.

L'utilité de l'article 14 n'est donc pas contestable. Ce

qu'on pourrait lui reprocher, sans parler encore de son insuffisance, serait un manque de précision regrettable sur deux points :

1° Est-il applicable à la résiliation du bail faite sous la forme du congé, dans les baux à périodes successives ?

2° Quelle est la sanction ?

Sur le premier point, la loi est muette. Il y a lieu de croire qu'en parlant de résiliation, elle n'a point pensé au congé, qu'elle eût probablement désigné sous ce nom. On pourrait donc soutenir que, strictement, l'article 14 est inapplicable à ce genre de résiliation. Les motifs qui l'ont inspiré n'apparaissent pas immédiatement avec autant de netteté. Pourtant, nous allons voir qu'ils existent néanmoins. Nous supposons que le bail, et cela est extrêmement fréquent, a été fait pour une durée divisée en plusieurs périodes successives, avec convention que l'un des deux contractants, bailleur ou preneur, ou même chacun d'eux, aurait le droit d'y mettre fin, à l'expiration de l'une de ces périodes, et que le fonds est grevé d'inscriptions de privilèges de vendeur ou de nantissement. Est-il nécessaire, pour que le congé donné dans de telles conditions soit valable à l'égard des créanciers inscrits, de le notifier, à ces derniers, un mois à l'avance ? La réponse n'est pas la même pour les différentes hypothèses à prévoir. Si le droit de donner congé appartient aux deux parties à la fois, il se produira, à la fin de chacune des périodes du bail, un

accord tacite de volonté pour le renouveler : il y a en somme, alors, plusieurs baux successifs, à défaut de dénonciation par l'un des contractants dans le délai qui lui est fixé par la convention ; le bail n'est donc ferme ni pour l'un, ni pour l'autre,

Au contraire, si cette faculté n'est accordée qu'à l'une seule des parties, le contrat est ferme, à l'égard de celle qui en est privée. Y a-t-il intérêt à faire intervenir alors l'article 14 ? Le danger de fraude, principal mobile du législateur, est ici plus faible : d'une part, la collusion est plus rare ; d'autre part, elle est moins dangereuse, puisqu'elle peut être prévue longtemps à l'avance. Le créancier qui a eu connaissance du bail a su à quoi s'en tenir : est-il utile de le prévenir ? Son intervention perd, en outre, beaucoup de son efficacité. Le bailleur n'a pris aucun engagement envers lui, et ne saurait être contraint à revenir sur sa décision. Ceci est exact ; tout au moins quand le droit de donner congé appartient au bailleur. Mais cette hypothèse est la plus rare. Lorsque au contraire, le droit de congé appartient au preneur seul, de sérieux arguments tendraient à nous faire croire que l'article 14 devient applicable. Les créanciers ont alors un intérêt certain à être avertis. S'ils ont pu prévoir le danger qui les menace, ils ne peuvent pourtant le connaître avant que l'irréparable ne soit accompli. Rien ne leur permet de savoir si leur débiteur usera de son droit. Au contraire, si la notification de l'article 14 leur est faite, ils connaîtront la résolution du commerçant ; ils

pourront, pendant un mois, intervenir pour forcer celui-ci, ou tout au moins, l'engager à revenir sur une détermination prise, peut-être dans un moment de découragement, de gêne, ou d'irritation ; ils auront enfin toutes les mêmes ressources qu'en cas de résiliation proprement dite, et si leurs démarches échouent, ils chercheront un successeur prêt à profiter du bail ou aideront, de leurs ressources personnelles, leur débiteur : toutes choses impossibles, s'ils ne sont pas prévenus assez tôt du danger qui les menace.

Pratiquement, l'application de l'article 14, au cas de congé, est donc d'une utilité incontestable. Théoriquement, elle se justifie fort bien. Il ne faut pas croire qu'elle porte atteinte à la liberté du commerçant. Elle n'impose à celui-ci aucune formalité abusive : on ne restreint même pas véritablement ses droits. D'ailleurs, en conférant à son créancier un nantissement sur son fonds, le commerçant a consenti, dans une certaine mesure, à cette restriction. Il a toujours les prérogatives d'un propriétaire sur sa chose ; mais ce serait une contradiction que de lui accorder la faculté de donner une garantie qu'il pourrait annihiler par une simple manifestation de volonté, contre laquelle le créancier serait impuissant et dont il ne serait même pas averti.

Le bail à périodes successives est d'un usage très répandu, parce que le commerçant craint d'engager trop l'avenir. Mais, à moins d'événements imprévus, le locataire n'use de son droit de donner congé que pour

des motifs graves ou en cas de déplacement du fonds. Par le nantissement qu'il a créé le commerçant prend en quelque sorte l'engagement tacite d'assurer l'existence et la durée du fonds. S'il s'agit d'un simple déplacement, l'article 13, déjà signalé plus haut pourra suffire à protéger les créanciers : rien ne sert de multiplier les formalités. Toutefois, les délais n'étant pas les mêmes dans les articles 13 et 14, les créanciers auraient, grâce à l'article 14, 15 jours de plus pour s'opposer au déplacement du fonds, ce qui n'est peut-être pas excessif. En résumé, nous concluons que, dans un cas, au moins, et le plus fréquent, l'article 14 doit s'appliquer au congé.

Une hypothèse peut-être plus rare, mais d'un intérêt réel, peut également se présenter : elle concerne, cette fois, le vendeur du fonds. On sait que la loi de 1909 accorde à ce dernier, sous certaines conditions, un privilège soumis à l'inscription. En outre de ce privilège, le vendeur dispose aussi de l'action résolutoire qui se rapproche, par ses conditions d'exercice, de celle du vendeur d'immeubles. Si un commerçant a vendu son fonds sans avoir été payé du prix, sera-t-il en droit d'exiger que l'acquéreur lui demande son consentement pour résilier le bail à périodes successives, c'est-à-dire pour donner congé ? La question est fort importante pour le vendeur. Sans doute, on dira qu'il était mieux placé que quiconque pour prendre à l'avance ses précautions, connaissant parfaitement le danger que le

menaçait. Peut-on, pourtant, lui reprocher de ne l'avoir pas fait ? Il comptait sur la solvabilité ou l'honnêteté de son débiteur et a été trompé. Et maintenant, il ne peut plus exercer son action résolutoire.

Juridiquement, il semblerait en droit, au contraire, de prétendre qu'au moyen de cette action, il entend reprendre tous les éléments qui composaient le fonds, et notamment le droit au bail, dont l'acquéreur n'a pu disposer valablement, puisque ses droits sont résolus.

La difficulté de la question tient évidemment à la multiplicité d'éléments si divers groupés dans l'universalité qu'est le fonds de commerce. Pourtant, nous sommes tenté d'approuver les prétentions du vendeur ; décider autrement, ce serait permettre sa ruine, puis qu'il n'aurait plus le moyen d'user ni de son privilège, ni de son action résolutoire.

Au contraire, sans porter atteinte aux droits du commerçant, l'article 14 interviendrait encore ici d'une manière salubre : les termes dans lesquels il est conçu ne s'y opposent pas, et l'intérêt est tel que la pratique a cru déjà devoir prévenir les dangers qui menacent le vendeur, en faisant stipuler parfois, dans les contrats de vente de fonds ou de nantissement que l'acquéreur ou le débiteur s'engageait à demander le concours ou le consentement du vendeur ou du créancier nanti, avant d'exercer son droit de donner congé.

La deuxième observation que suggère l'article 14 tient à son manque de sanction. On ne nous dit pas ce qui

arrivera si la notification n'est point faite ou si elle ne l'est qu'incomplètement, à quelques-uns des créanciers, par exemple. Devant le silence de la loi, la nullité de la résiliation, ne saurait être encourue. Il ne peut donc s'agir que de l'application de l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire de dommages-intérêts fixés par le tribunal civil. Cette imprécision est regrettable, la résiliation de bail, par la gravité de ses conséquences, appelait une réglementation très sévère. Peut-être eût-il été bon d'en prononcer la nullité, à défaut d'observation de l'article 14. En outre, l'évaluation des dommages-intérêts sera bien difficile. Comment apprécier la perte subie par le créancier ? Il est impossible de le faire exactement ; de sorte que le seul remède réside dans la sévérité des tribunaux, qui pourra seule rendre l'oubli le moins fréquent possible.

Au cas de résiliation amiable, les créanciers pourraient encore invoquer l'article 1167 du Code civil, pour obtenir la résolution de la résiliation faite en fraude de leurs droits. Le fait de n'avoir pas observé l'article 14 serait déjà une grave présomption de fraude qui faciliterait cette voie. Mais l'intérêt de la question est alors bien faible, car les créanciers réduits à ces moyens ont bien peu d'espoir d'obtenir quelque chose.

Avant d'en finir avec l'article 14, il nous reste à examiner s'il se suffit toujours à lui-même, dans tous les cas de résiliation de bail. La loi n'a fait aucune distinction entre la résiliation pure et simple et celle qui com-

porte une indemnité à verser par le propriétaire au commerçant locataire. On s'est demandé alors si, dans cette dernière hypothèse, les formalités de l'article 14 ne devaient pas être complétées par celles de l'article 3. En cas de résiliation judiciaire, on ne voit guère de raison de faire intervenir ces dernières, car cette résiliation a lieu, à la suite de non paiement des loyers ou d'inexécution, par le preneur, des conditions du bail. Les espèces où le preneur demande la résiliation sont assez rares et ne méritent pas que nous nous y arrêtions. Au contraire, quand les parties mettent fin au bail à l'amiable, le bailleur verse parfois à son locataire une indemnité. Or, l'article 3 dispose que toute vente de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous forme d'un autre contrat, doit être publiée par annonces dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce. Cette mesure a pour but de permettre à tout créancier de faire valoir ses droits sur le prix du fonds. La question est de savoir si l'indemnité versée au preneur comme prix de la résiliation de bail, donc du droit au bail, n'était pas, en quelque sorte, celui de vente du fonds. Le propriétaire reprend ses locaux ; il s'opère une mutation assimilable à une vente dans les termes de l'article 3. La perte du droit au bail entraînant celle du fonds, l'indemnité versée représente tout ce qu'on pourra tirer de ce fonds, tout au moins quant à ses éléments incorporels : les créanciers, même chirographaires, ont donc intérêt à être

avertis par l'article 3 pour former leur opposition (1).

Nous croyons que l'application de l'article 3 ne serait pas inutile ; mais en l'état actuel de la loi, il n'est guère possible de l'admettre. Non seulement, la loi n'a pas parlé en termes exprès de la résiliation de bail, non seulement il s'agit d'un contrat d'un genre différent de ceux qu'elle prévoit, mais encore et surtout, il faut prendre garde que l'article 3 n'a été écrit que pour le cas de vente du fonds *in globo*. Que la résiliation du bail amène pratiquement la réalisation entière du fonds, cela est possible ; mais, en droit, la vente ne porte que sur un élément : le droit au bail.

M. Cordelet, dans un rapport supplémentaire (Sénat, séance du 29 octobre 1907), disait : « Nous devons faire remarquer ici, avant de passer au chapitre II de la proposition de loi, que tout le chapitre I^{er} s'applique à la vente du fonds de commerce, corps certain considéré dans l'ensemble de ses éléments. Les articles 3 et 4 notamment, relatifs à la vente du fonds de commerce ne sont pas applicables à la vente d'un ou de plusieurs de leurs éléments.... En cas de vente séparée d'un ou de plusieurs éléments du fonds, il semble que les créanciers ont le bénéfice de l'action paulienne (art. 1167, C. civ.), et que le fait d'avoir vendu séparément du fonds un ou plusieurs de ses éléments pourrait être considéré comme un indice de fraude. »

(1) *Répertoire général pratique du notariat*, 15 juillet 1911.

En outre, le nouvel article 3, voté le 31 juillet 1913, ne fait pas mention de la résiliation de bail moyennant indemnité versée au locataire. Cet article est, pourtant, plus précis que l'ancien, puisqu'il énumère les contrats pour lesquels il est applicable : transactions, échange, dation en paiement, bail de jouissance, apport en société, donation, legs... etc.

Or, l'auteur du projet doit, depuis la loi de 1909, avoir eu connaissance des hésitations qui se sont produites au sujet de l'article 3. Cette mise à l'écart de la résiliation du bail est regrettable. Elle est la conséquence inévitable de la méconnaissance, par le législateur, du caractère particulier du droit au bail. Nous ne pouvons revenir sur cette idée qui apparaît à chaque instant de notre étude.

Rappelons, toutefois, que la pratique a donné naissance à un procédé de vente de fonds qui échappe à la publication de l'article 3 ; c'est la simple cession de bail faite par le commerçant à son successeur, moyennant indemnité, dans les cas où les autres éléments sont inexistants ou insignifiants.

Même en écartant la nécessité des publications de l'article 3, au point de vue strict, il importe de se rendre compte des effets de la résiliation avec indemnité. Le nantissement grève les éléments du fonds, même lorsqu'ils sont vendus isolément, et l'article 20 n'exige la vente globale que pour assurer le maximum de rendement du fonds et éviter la dépréciation qu'entraîne iné-

vitablement la dissociation de ses éléments. C'est donc, pour le créancier nanti, une mesure favorable, qui ne doit pas se retourner contre lui et risquer de compromettre son privilège, dans le cas où elle ne serait pas observée. Comme, d'autre part, il est logique d'assimiler la résiliation de bail moyennant indemnité à la vente du droit au bail, celui qui verse l'indemnité paie un élément du fonds : il devra donc agir avec la même prudence qu'un acquéreur du fonds, c'est-à-dire, non seulement attendre, conformément à l'article 14, l'expiration du délai d'un mois pour rendre définitive la résiliation, mais encore s'assurer de la situation de ce fonds, au point de vue des inscriptions qui le grèvent, et cela, même sur les précédents titulaires, jusqu'au 1^{er} mars 1898. Sinon, il s'exposera à ce que son paiement ne soit pas libératoire. A partir du 19 mars 1914, et par suite de la péremption quinquennale des inscriptions, il n'aura plus à remonter que jusqu'aux cinq dernières années. C'est une observation qu'il nous semble utile de faire, car, peut-être, y a-t-il lieu de craindre que les intéressés ne songent pas à prendre ces mesures de précaution (V. Trib. comm. Marseille, 19 août 1909, *Gazette judiciaire de Lyon*, 27 septembre 1910).

II. — Dangers de la résiliation de bail.

1^o Avant la réalisation du fonds.

L'article 14 de la loi de 1909 fixe simplement les formalités à observer pour rendre régulière la résiliation

judiciaire ou amiable. Il est donc certain que le législateur n'a voulu rien changer au droit même de demander cette résiliation. L'article 14 se suffit à lui-même et, chaque fois que les tribunaux ou le législateur ont eu à fournir, sur ce point, des explications, ils n'ont pas, nous l'avons dit, manqué d'insister sur ce fait que les droits du bailleur restaient, après la loi nouvelle, absolument saufs. Si ce point de vue paraît, au premier abord, équitable et logique, il n'en est peut-être plus de même, quand on en considère les résultats pratiques.

La loi de 1909 a cherché avant tout à maintenir l'unité du fonds, duquel l'article 20 notamment s'est efforcé d'empêcher, autant que possible, le démembrement. Or, l'exercice du droit de résiliation amène, presque infailliblement, la dissociation des éléments du fonds, parfois même son anéantissement complet.

Il en résulte qu'on pourra voir les bailleurs, armés de la clause résolutoire qui se trouve maintenant dans presque tous les baux, rendre inutiles toutes les dispositions de la loi. Il leur suffira pour cela d'obtenir une simple ordonnance de référé, et d'expulser le commerçant. Peu importe que le tribunal de commerce s'occupe des poursuites déjà engagées par d'autres créanciers, qu'il ait ordonné la vente et que celle-ci soit imminente : le bailleur, sauf à respecter l'article 14, n'a cure de tout cela ; il peut agir à sa guise, au mépris de toutes les précautions prises par la loi.

On pourrait être tenté de croire que nous imaginons

des hypothèses irréalisables, et cependant la jurisprudence offre continuellement des exemples de pareils abus. La question s'est encore compliquée des difficultés relatives à la compétence du juge des référés en matière d'expulsion du locataire. Nous parlerons des deux choses simultanément, car elles sont intimement liées.

Dès avant la loi nouvelle, les inconvénients de la liberté absolue laissée au bailleur de poursuivre la résiliation de bail, alors même que l'adjudication du fonds allait avoir lieu, étaient apparus. Un jugement du tribunal civil de la Seine (audience du 9 novembre 1907, *Le Droit*, 11 février 1908) nous en fournit un exemple. Un commerçant locataire des lieux où il exploitait son fonds était débiteur de deux termes de loyer échus. Le bailleur, muni de la clause résolutoire, obtint son expulsion dans le délai de quinzaine et signifia au notaire chargé de procéder à l'adjudication du fonds son ordonnance de référé. L'adjudication ne put avoir lieu, la résiliation de bail avait entraîné la disparition du fonds de commerce. C'est dans ces conditions qu'un créancier inscrit conformément à la loi de 1898 crut pouvoir soutenir que le bailleur, par sa conduite, lui avait causé un préjudice illicite dont il lui devait réparation. Le tribunal repoussa, bien entendu, cette prétention. Il ne pouvait pas décider autrement : le bailleur n'avait fait qu'user de son droit strict. Dans l'espèce, d'ailleurs, il avait en sa faveur un argument assez fort :

les marchandises avaient été vendues par d'autres créanciers et son gage se trouvait diminué. Il n'en est pas moins vrai que la résiliation avait entraîné la ruine des autres créanciers. On a parlé, à ce propos « d'abus du droit » et cette expression paraît ici très justifiée.

Du moins, le cas que nous signalons était antérieur à 1909 ; l'article 14 n'existait pas. Peut-être pouvons-nous espérer que, dans la législation actuelle, de telles conséquences sont irréalisables : il n'en est rien. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 26 novembre 1910 (*Gaz. Trib.*, 9 février 1911), a tranché la question de la manière la plus nette. Rappelons sommairement l'espèce soumise à la Cour : Un commerçant avait vendu son fonds sans avoir été payé de son prix. Conformément à la loi de 1909, il prit régulièrement une inscription de privilège de vendeur, assigna l'acquéreur devant le tribunal de commerce compétent, et obtint qu'il soit procédé à la vente globale du fonds de commerce. C'est à ce moment qu'apparut le bailleur non payé de ses loyers. Il avait, bien entendu, à sa disposition la clause résolutoire de style, et, sans s'inquiéter de la procédure entamée par le vendeur devant le tribunal de commerce, demanda au juge des référés la résolution de son bail, et l'expulsion de son locataire et de son sous-locataire. Il alla même plus loin, et sollicita l'autorisation de poursuivre sa procédure de saisie-exécution et de faire vendre le mobilier aux enchères. La question que la Cour avait à résoudre était donc double :

1° Le bailleur pouvait-il, malgré la nouvelle loi de 1909, demander l'expulsion de son locataire devant le juge des référés sans tenir compte des poursuites engagées par d'autres créanciers ?

2° Pouvait-il, en outre, continuer isolément sa procédure de saisie-exécution alors que le tribunal de commerce avait ordonné la vente du fonds *in globo* ?

La première question était la plus délicate, car la seconde, nous le verrons, n'existait en réalité pas. Remarquons aussi qu'elle portait à la fois sur la compétence du juge des référés en matière de résiliation de bail de locaux commerciaux et sur l'existence même du droit de demander cette résiliation. Le débat relatif à la compétence a été le plus long : il n'est pas encore tranché, et la jurisprudence offre à ce sujet une très grande variété.

Au moment où la Cour l'examinait, certains tribunaux avaient déjà statué à son propos. Le tribunal de Montreuil-sur-Mer (11 mars 1910, *Gaz. Trib.*, 10 avril 1910) et celui de Tourcoing (9 novembre 1909) avaient jugé que la loi de 1909 instituait un régime absolument nouveau en matière de fonds de commerce, notamment qu'elle imposait pour toutes les mesures édictées et les contestations prévues par elle, la juridiction du tribunal de commerce. A l'appui de sa thèse, le tribunal de Montreuil apportait de sérieux arguments ; il s'appuyait sur deux faits, savoir : 1° que les articles 15 et suivants de la loi disaient implicitement que toutes les

mesures ayant pour objet la réalisation des fonds ou de ses éléments sont de la compétence des tribunaux de commerce ; et 2^o que l'article 18 contenait cette disposition que : « le tribunal de commerce saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce peut, s'il prononce une condamnation, et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds. »

Le jugement ajoutait enfin : « Attendu qu'aux termes de l'article 9 de la loi, le droit au bail fait partie de l'universalité juridique concernant les éléments susceptibles d'être compris dans le nantissement, que l'article 14 relatif à la résiliation du bail demandée par le propriétaire n'accorde point à ce dernier le choix de juridiction... »

Le tribunal de Tourcoing, d'accord avec celui de Montreuil, fournissait des arguments analogues. Mais sa sentence fut soumise à appel, et la Cour de Douai (arrêt du 7 avril 1910, D. 1910.2.249, note 2, Boutaud) l'infirma. La Cour a décidé que la loi n'a innové que pour les demandes en paiement pouvant entraîner la résiliation du fonds de commerce mais n'a pas dit que les tribunaux de commerce seraient compétents à l'occasion de toutes les difficultés se rattachant au fonds, notamment de celles qui pourraient survenir au sujet des contrats qui n'étaient point autrefois soumis à la compétence de ces tribunaux.

Le tribunal de commerce est donc incompétent pour

connaître de la demande en résiliation de bail de locaux affectés au commerce. La Cour a d'ailleurs pris soin de faire constater que les propriétaires de l'immeuble avaient donné à bail les locaux à usage de commerce, sans passer avec leur locataire aucune convention commerciale, et ceci pour qu'on ne puisse pas arguer que le louage se rattachât ici à une cession d'industrie dont il n'eût été que l'accessoire.

En outre, il est bon de remarquer aussi, que la Cour pensait, que la demande en paiement des loyers rentrerait, au contraire, dans la compétence du tribunal de commerce. Elle se fondait, comme le tribunal de Montreuil, sur l'article 18 de la loi. A ce propos, M. Boutaud a répondu que : « L'article 18 a seulement pour objet de permettre au tribunal saisi d'une demande en paiement se rattachant au fonds d'ordonner la vente, mais il faut que cette demande soit accompagnée d'une demande en réalisation du fonds, Sinon, rien ne fait croire que le tribunal de commerce soit, dans ce cas, compétent. »

Cette observation ne nous paraît d'ailleurs pas très certaine. Les termes de l'article 18 ne sont pas restrictifs. Au contraire les mots : « si le créancier le requiert » indiqueraient plutôt qu'il n'y a pas forcément corrélation entre les deux demandes. Pour terminer ce court examen de la jurisprudence, citons un arrêt de la Cour de Paris elle-même (14 décembre 1904, *Le Droit*, 11 février 1910) antérieur à celui qui nous occupe. Cet arrêt

proclame que la loi n'a rien changé aux droits des créanciers contractuels, ni aux principes généraux sur la compétence, sauf, bien entendu, à observer, dans certains cas, les formalités prescrites par elle.

Tel était, au point de vue de la compétence en matière de résiliation de bail, l'état de la jurisprudence, au moment de l'arrêt de la Cour de Paris, du 26 novembre 1910, qui se rangea à l'avis de la Cour de Douai.

La compétence du juge des référés a donc la préférence des Cours d'appel. Est-ce à dire que le débat soit réglé ? Nous ne le pensons pas. Il est bien difficile de savoir ce que la loi a entendu décider, et le plus sûr est d'admettre qu'elle n'a pas pensé un instant à la question. Cela peut paraître étonnant, puisque le législateur venait de régler les formalités de la résiliation de bail, en dénonçant les fraudes multiples et les nombreux abus auxquels elle donnait lieu ; mais l'examen des débats préparatoires autorise à l'affirmer. Dès qu'il est passé aux règles de la compétence, le législateur a oublié, à nouveau, et une fois de plus, le bailleur.

Toutefois, il est probable que la compétence du juge des référés sera de plus en plus reconnue, en présence de l'idée affirmée nettement par le législateur et les tribunaux, que la situation du bailleur n'a subi aucune modification autre que celle qui résulte de l'article 14. En outre, le tribunal de Montreuil interprétait trop largement l'article 18, qui parle seulement de demande en paiement. La demande en résiliation est une tout

autre chose, et rien ne permet d'assimiler les deux situations. Enfin, le nouvel article 3 de la loi, voté le 31 juillet 1913, n'a pas craint de faire appel au juge des référés dans un cas, il est vrai, tout différent, savoir : la demande formée par le vendeur de fonds frappé d'opposition en vue d'obtenir l'autorisation de toucher son prix.

Ceci prouve que la nouvelle loi n'a nullement entendu établir la compétence exclusive des tribunaux de commerce pour toutes ces dispositions. On ne peut donc pas critiquer, au point de vue de l'interprétation de la loi, les arrêts des Cours de Douai et de Paris. Pratiquement, il est permis de regretter la solution qu'ils consacrent : nous dirons plus loin pourquoi.

L'arrêt du 22 novembre 1910 n'avait pas à examiner seulement la question de compétence. L'existence même du droit d'obtenir la résiliation était en discussion. On conçoit fort bien qu'on ait pu se demander si ce droit était compatible avec les dispositions et surtout avec l'esprit de la nouvelle législation. Les raisons qui permettaient d'en douter, nous les avons maintes fois signalées : c'est que la résiliation de bail constitue souvent, en réalité, l'anéantissement complet du fonds et est susceptible de porter un très grave préjudice aux créanciers inscrits. Comme l'article 14 paraissait vouloir protéger les intérêts de ces derniers, on soutenait qu'il y avait quelque chose de changé aux droits du bailleur. Enfin, pour ceux qui admettaient la thèse du

tribunal de Montreuil, la présomption à l'encontre du bailleur était plus forte encore, puisque la loi lui avait, d'après eux, enlevé le droit d'agir en référé. La Cour de Paris n'a pas hésité à rejeter toutes ces considérations ; elle confirma la jurisprudence antérieure qui écartait la compétence du tribunal de commerce.

En ce qui concerne le droit du bailleur de demander la résiliation, il ne fait aucun doute pour la Cour qui produit, à l'appui de sa décision, plusieurs arguments : d'abord, la loi n'a pas eu l'intention de modifier les droits des créanciers contractants. Elle laisse, par exemple, subsister l'action résolutoire du vendeur. En ce qui concerne le bailleur, l'article 14 est précisément une preuve que l'on n'a pas voulu porter atteinte à ses droits. On l'a forcé, il est vrai, à observer certaines formalités qui pourront suspendre un moment ses droits, mais qui ne sauraient les modifier. En outre, la Cour écarte une objection assez sérieuse, née des termes de l'article 20. Cet article qui s'oppose autant que possible à la dissociation des éléments du fonds aurait pu être invoqué contre le bailleur. Il dispose « qu'il ne sera procédé à la vente séparée d'un ou plusieurs éléments d'un fonds de commerce grevé d'inscriptions poursuivie, soit sur saisie-exécution, soit en vertu de la présente loi, dix jours au plus tôt après la notification de la poursuite aux créanciers inscrits..... pendant ce délai de 10 jours, tout créancier inscrit, que sa créance soit ou non échue, pourra demander qu'il soit procédé à la vente de tous les éléments du fonds ».

On pouvait être tenté d'en déduire que le bailleur devait se conformer à l'article 20 et interrompre son action isolée. Mais la Cour fait remarquer que cela ne peut être vrai que pour la saisie-exécution, et non pour la demande en résiliation. Dès lors, l'article 14 paraît bien être la seule formalité à observer et le droit du bailleur subsiste dans toute son intégralité.

Ainsi, sans s'occuper de la procédure commencée devant le tribunal de commerce, le bailleur peut, à l'aide de la clause résolutoire, expulser le commerçant et renverser toutes les prévisions de la loi. Pour bien faire apparaître les conséquences d'une telle anomalie, il suffira d'examiner la seconde question posée à la Cour : le bailleur a-t-il le droit de saisir-exécuter le mobilier au mépris de la décision du tribunal de commerce ayant ordonné la vente ? Ici, la Cour ne pouvait donner raison au bailleur. Sans doute, celui-ci a encore, avec la nouvelle loi, le droit de saisir les meubles de son locataire, mais il doit respecter le jugement du tribunal de commerce, jugement qui règle la situation du fonds à l'égard de tous les créanciers, et qui fait leur loi, sans exception. Comme le dit l'annotateur de l'arrêt dans la *Gazette des tribunaux* : « Le bailleur a seulement, dans le cas où le jugement n'a pas été exécuté, le droit de se faire autoriser par le juge des référés à réaliser son gage, non pas en poursuivant sa procédure de saisie-exécution, mais en se faisant substituer en quelque sorte, d'une façon d'ailleurs mal définie, aux créanciers qui

ont demandé la vente en bloc et n'ont pas procédé à l'adjudication. »

Ainsi que le fait également remarquer le même auteur, rien n'est plus exact que cette thèse. Le jugement du tribunal de commerce a vraiment une autorité absolue. Il ne se contente pas, comme un jugement ordinaire, de déclarer et sanctionner un droit préexistant au profit d'une personne contre une autre et de ne produire d'effet qu'entre ces parties, mais il ordonne un mode d'exécution des droits des créanciers qui s'impose nécessairement à tout le monde. Cela est l'évidence même ; le contester, c'est nier la loi de 1909. *Seulement, il faudrait admettre cette autorité en toute circonstance.* Si le jugement a définitivement réglé les droits des créanciers, il ne faut pas permettre au bailleur de l'annihiler par sa demande en résiliation de bail : les deux choses ne sont pas semblables ; mais elles ont les mêmes conséquences. La preuve en est que l'arrêt de la Cour se compose de deux parties qui se contredisent formellement : la première permet au bailleur d'obtenir la résiliation, la seconde lui défend de réaliser son gage séparément et lui ordonne de respecter le jugement du tribunal. Or ce jugement n'est plus exécutable, puisque la vente de tous les éléments *in globo* est devenue impossible par la disparition du plus important de ces éléments.

Et citant encore l'annotateur de l'arrêt, nous constatons : « Qu'un jugement qu'on ne peut pas exécuter

parce que la mesure qu'il ordonne est impossible et ne saurait devenir réalisable, est en réalité comme s'il n'existait pas. » Dès lors, à quoi bon tous ces subterfuges ; pourquoi ne pas laisser agir le bailleur à sa guise ? De toutes manières, les créanciers n'auront rien, puisqu'au contraire il réalisera son gage sans entrave et sans plus se préoccuper d'une loi qui ne le connaît pas. C'est à cette conclusion que nous voulions en venir. Elle semble nous donner le droit de prétendre que la législation a commis une faute en ne prenant pas les mesures nécessaires.

Nous verrons, en examinant plus avant les conséquences de la résiliation de bail, que la pratique a pu corriger les plus graves inconvénients, du régime actuel, en faisant appel au privilège du conservateur de la chose. Les créanciers auront, dans l'hypothèse qui nous occupe, la ressource d'y recourir également, à la condition toutefois qu'un créancier consente à désintéresser le bailleur. Nous ne faisons qu'indiquer ce point que nous retrouverons. Mais cela n'est qu'un pis-aller, qui a pour résultat d'assurer au bailleur une prépondérance véritablement excessive. Dès lors, n'eût-il pas été préférable de s'attaquer directement à ce droit de résiliation. Nous ne prétendons certes pas fixer les règles que la loi aurait dû poser, mais nous pouvons au moins indiquer comment il était possible d'atteindre le but que nous proposons. En premier lieu, il eût été bon de reconnaître la compétence du tribunal

de commerce, dans le cas de demande en résiliation de bail, au moins lorsque le fonds se trouvait grevé d'inscriptions. Les avantages d'une telle décision sont évidents. Quand la résiliation est demandée pour défaut de paiement des loyers, c'est assurément que les affaires du commerçant sont dans une mauvaise situation. L'article 14 permet aux créanciers de venir au secours de ce commerçant, mais il ne suffit pas toujours. Et si tout espoir de relèvement est perdu, il faudra s'occuper de réaliser l'actif du commerçant : la loi de 1909, pour remplir véritablement son but, doit alors régler entièrement la situation.

Le tribunal de commerce, saisi de toutes les demandes se rattachant à la liquidation du fonds, sera par conséquent mieux placé pour juger des mesures à prendre. S'il reconnaît qu'aucune chance de sauver le commerçant ne reste, il ordonnera la vente ; mais, pour assurer l'efficacité de ses dispositions, il refusera au bailleur la résiliation que ce dernier sollicite. Bien entendu, on ne peut arriver à ce résultat qu'en portant directement atteinte aux droits du bailleur. C'est à cela qu'il faut donc s'attacher ensuite ; aucune raison sérieuse ne s'y oppose. D'une part, celui-ci n'a très généralement rien à perdre à ce que le fonds soit vendu en bloc, y compris le droit au bail.

D'autre part, il exercera sur le prix du matériel et des marchandises, son privilège, comme s'il avait poursuivi la saisie-exécution seule. D'ailleurs, les droits du

bailleur, à ce point de vue, ne sont plus intangibles. La loi de 1872 leur a apporté des restrictions considérables, soit en empêchant le propriétaire de résilier le bail, en cas de faillite, soit en soumettant son action à certaines conditions. Dans l'espèce qui nous occupe, l'intérêt du bailleur, si l'on pense qu'il puisse être atteint, doit plier devant l'intérêt général, et celui-ci exige la réglementation sévère du droit de résiliation.

Y a-t-il enfin un inconvénient à confier au tribunal de commerce le soin de connaître des demandes en résiliation de bail. Ainsi que le disait M. Vallée dans les débats législatifs (Rapport de M. Baudet) au Sénat : « Le législateur est en train de créer un droit nouveau ; il a donc pouvoir de créer une procédure nouvelle et appropriée à l'exercice de ce droit. » La procédure des tribunaux de commerce peut, en outre, être tout aussi rapide et économique que celle des référés.

Enfin, on pourrait laisser au juge des référés, le soin de statuer dans les cas où il ne s'agit plus de résiliation demandée pour défaut de paiement des loyers, mais simplement de l'expulsion du locataire, basée sur des motifs qui ne sont pas en rapport direct avec sa situation pécuniaire : par exemple, l'abus de jouissance.

La Cour de Paris s'est occupée récemment d'une espèce de ce genre (audience du 18 novembre 1912, *Le Droit*, 5 février 1913). Il s'agissait d'un bail fait à un marchand de vin, lequel avait installé dans les locaux, par lui loués, divers instruments de musique qui

causaient aux autres locataires de l'immeuble un trouble de jouissance. Allait-on être obligé d'observer les délais de l'article 14 ? La Cour ne l'a pas pensé. Comme une première ordonnance de référé, enjoignant au locataire de cesser son tapage, était restée sans effet, une seconde ordonnance prononça l'expulsion. Le commerçant s'appuyait, en appel, sur ce fait que l'article 14 n'avait pas été observé — et sur l'incompétence du juge des référés. La Cour a, comme d'habitude, proclamé la compétence de la juridiction des référés. En outre, elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu à notification, et que le locataire n'avait pas à se plaindre de la violation de l'article 14 « qui ne saurait ici s'appliquer puisque le propriétaire, au lieu de poursuivre la résiliation du bail qui continue de produire ses effets, se borne à demander que les preneurs soient expulsés des lieux ».

Cette jurisprudence est intéressante. Sans doute, il pourra se faire, il arrivera même probablement que la résiliation suive l'expulsion. Ce n'est pourtant pas inévitable. Le bailleur obtiendra de son côté satisfaction, puisqu'on met fin à une situation qui ne pouvait se prolonger sans lui causer des réclamations de la part des autres locataires. En même temps, le bail est maintenu pour l'avantage des créanciers nantis sur le fonds. On peut donc arriver à entraver le droit de résiliation, sans pour cela enlever toujours au bailleur celui d'expulsion, qu'il serait libre de poursuivre devant le juge des référés, avec toute la rapidité désirable ; le débat ne portant

plus sur les questions pécuniaires et exigeant une solution immédiate, l'intervention du tribunal de commerce serait inutile.

Il serait opportun que les créanciers nantis fussent prévenus d'une manière quelconque de la mesure qui frappe leur débiteur. Bien entendu, si la résiliation devait s'ensuivre, l'article 14 reprendrait son application et exigerait que la demande en expulsion soit elle-même notifiée aux créanciers pour éviter des fraudes toujours possibles.

2° Après la réalisation du fonds.

Il ressort de nos précédentes explications que l'article 14 est insuffisant pour protéger les intérêts des créanciers inscrits sur le fonds. Nous avons vu qu'alors même que le tribunal de commerce était saisi de la demande en résiliation du fonds, que la vente en était ordonnée, le bailleur pouvait, par son action, rendre inutiles toutes les mesures prises conformément à la loi.

Si nous continuons encore à considérer les conséquences de l'action du bailleur, nous constatons que la situation ne s'améliore pas, même après la vente du fonds. Nous supposons, cette fois, que le bailleur a laissé les créanciers inscrits poursuivre leur action, et que le fonds a été réalisé en bloc. A ce moment seulement, c'est-à-dire alors que tout paraît terminé, le bailleur demande la résiliation du bail et l'expulsion de

l'acquéreur du fonds. L'hypothèse est évidemment moins fréquente que la précédente. Est elle possible ? Au premier abord, elle paraît d'une réalisation difficile ; la vente a eu lieu aux enchères, avec toute la publicité désirable, les créanciers ont observé à la lettre toutes les prescriptions de la loi et ont agi de manière à respecter les intérêts de tous.

N'est-il pas exorbitant que le bailleur puisse, dans ces conditions, prétendre ignorer ce qui s'est passé, ou, tout au moins, y demeurer étranger ?

Le fait s'est cependant produit ; nous le montrerons plus loin. Le législateur avait bien paru se rendre compte, en l'espèce, des conséquences de la résiliation de bail. Ce qui l'indique, c'est le parallèle, par lui établi, d'une manière fort exacte, entre cette action et l'action en résolution de la vente du fonds. Nous avons signalé déjà, d'un mot, l'analogie complète des dispositions de la loi de 1909 dans les articles 2 et 14. On avait observé très justement que, dans les deux cas, l'action repose sur la non-exécution, par l'une des parties, de ses engagements (nous parlons du cas le plus fréquent de la résiliation de bail, demandée pour non-paiement de loyers), et que les conséquences de ces deux actions sont à peu près équivalentes.

Sans doute, nous n'oublions pas la différence essentielle qui les sépare, en ce sens que la résiliation, contrairement à la résolution, laisse subsister tous les effets produits par le contrat dans le passé. Mais prati-

quement, et relativement aux créanciers inscrits sur le fonds, l'effet des deux actions est semblable.

En reprenant son fonds, le vendeur annihile les sûretés prises par les créanciers de son acquéreur. En demandant la résiliation du bail, le bailleur aboutira aux mêmes résultats, qui s'aggraveront même de ce fait que le fonds sera définitivement détruit, et que les créanciers inscrits, quels qu'ils soient, même ceux du précédent propriétaire, verront leur gage leur échapper.

La résiliation du bail et l'expulsion de l'acquéreur entraîneraient, en effet, la résolution de la vente ; et il n'y aura plus de prix à mettre en distribution.

Relativement à l'action résolutoire du vendeur, l'article 2 de la loi de 1909 contient un alinéa n° 6 ainsi conçu : « Lorsque la vente d'un fonds est poursuivie aux enchères publiques, soit à la requête d'un syndic de faillite..... soit judiciairement à la requête de tout autre ayant droit, le poursuivant doit le notifier aux précédents vendeurs, avec déclaration que faute, par eux, d'intenter l'action résolutoire, dans le mois de la notification, ils seront déchus à l'égard de l'adjudicataire du droit de l'exercer. »

Le but de cette disposition est clair : c'est de permettre de purger le fonds de l'action résolutoire du vendeur (l'alinéa 6 ne s'applique d'ailleurs pas au cas de vente amiable). Grâce à elle, le vendeur sera mis en demeure d'exercer son action résolutoire dans un cer-

tain délai. S'il ne l'a pas fait, il ne pourra plus s'attaquer à l'adjudicataire dont la situation sera ainsi consolidée à son égard. Sans doute, le vendeur conserve sa créance, et peut produire encore à la contribution s'il y en a une ; mais, le danger qu'il fallait éviter, c'était qu'il tardât à prendre parti, enlevant ainsi à la vente du fonds le caractère de sécurité sans lequel l'effet de la loi serait absolument manqué. Le législateur a été bien inspiré en édictant cette règle. Pourquoi faut-il qu'il n'ait point achevé le parallèle commencé entre le vendeur et le bailleur ? Nous ne trouvons, en effet, rien d'analogue à l'alinéa 6 de l'article 2 concernant la demande en résiliation de bail.

Cependant, nous l'avons dit, la question était peut-être plus grave encore. Pourquoi n'avoir pas obligé le bailleur à exercer sa demande en résiliation avant l'adjudication du fonds ? Rien ne s'y opposait et n'était plus facile : le bailleur est une personne connue de tous les créanciers, et la notification ne présentait aucune difficulté. Il est curieux que cette loi de 1909, si prodigue de notifications, ait oublié le bailleur, le plus important de tous les créanciers.

L'idée de permettre de purger l'action en résiliation de bail était d'autant plus naturelle qu'elle ne constituait pas une nouveauté dans notre droit. Depuis la loi de 1872, il existe des dispositions analogues en cas de faillite. Lorsque la masse est disposée à continuer le bail, il arrive que le bailleur s'y oppose néanmoins.

Sans doute, celui-ci ne peut plus arguer du fait même de la faillite pour demander la résiliation de son contrat, puisque la loi de 1872 s'y oppose. Mais il est possible qu'il ait d'autres motifs à invoquer, par exemple un fait d'abus de jouissance antérieur à la faillite ou encore une clause du bail portant que la faillite entraînerait de plein droit la résiliation (1). Il importe donc que la masse soit édifiée sur le degré de solidité du bail. Si elle est sur le point d'accorder un concordat, il faut qu'elle soit bien sûre que le propriétaire ne reprendra pas le lendemain les lieux où le failli exerce son commerce. Et pour cela, il est nécessaire de contraindre le bailleur à se décider promptement. D'où la disposition de l'article 450 du Code de commerce. Le bailleur doit agir en résiliation dans les 15 jours après la notification que lui a faite le syndic de continuer le bail. S'il ne le fait pas, il est présumé renoncer à se prévaloir de ses droits, et il ne peut plus demander la résiliation postérieurement, tout au moins, en se fondant sur des moyens lui appartenant au moment de la notification.

On le voit, le législateur de 1872, là encore, n'a pas hésité à porter atteinte aux droits du bailleur, dans l'intérêt général. Il est fâcheux que celui de 1909 ait cru devoir se montrer moins hardi. Il peut d'ailleurs bien se faire qu'il n'ait point pensé à la possibilité de l'action du bailleur.

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 2028.

Le débat qui nous occupe n'est pas, nous l'avons dit, purement théorique. Nous avons pu, à ce sujet, nous procurer un exemple de jurisprudence (arrêt de la 6^e chambre de la Cour d'appel de Paris, du 22 juin 1912. Renseignements personnels). La Cour, statuant sur appel d'une ordonnance de référé rendue par le président du tribunal civil de la Seine du 29 juillet 1911, a rendu l'arrêt suivant : « Considérant que s'il est exact de dire que la loi du 19 mars 1909 n'a porté aucune atteinte aux droits du propriétaire des lieux dans lesquels est exploité un fonds de commerce dont la vente est poursuivie en exécution de la loi sus-énoncée, ce principe doit être entendu, en ce sens que, sous réserve de l'application de l'article 14, les créanciers poursuivants ne peuvent pas, par les résultats de leur action, préjudicier, en quoi que ce soit, aux intérêts du bailleur lequel, nonobstant leur diligence continuera donc à exercer son privilège sur tous les meubles du preneur garnissant les lieux loués et affectés à son gage ; considérant toutefois qu'il ne faut pas étendre au delà de ces limites la portée de la règle, et décider *en thèse absolue* que l'adjudication du fonds de commerce dans les conditions ci-dessus et la cession du droit au bail, qui en forme les éléments, *sont dans tous les cas des actes absolument étrangers au bailleur* et sans aucun effet ultérieurement possible contre lui ; — considérant que des circonstances de la cause, et notamment de l'attitude prise par le propriétaire, lors des opérations de

l'adjudication, il peut, au contraire, résulter la preuve que le dit propriétaire, en laissant vendre sans protestations ni réserves les éléments qui constituent son gage, a renoncé implicitement, par là même, au profit de l'adjudicataire, à se prévaloir de son privilège de bailleur sur les meubles licites pour le recouvrement des loyers échus avant l'époque de la vente — considérant que l'appelant soutient, en se fondant sur une lettre de l'intéressé du 22 avril 1911, que le sieur A. a non seulement connu l'existence de l'adjudication projetée du fonds de commerce et par conséquent du mobilier garnissant les lieux par lui loués, mais encore qu'il a cherché à en faciliter la réalisation... »

On le voit, la prétention du propriétaire, était, en l'espèce, exorbitante, puisqu'il voulait saisir entre les mains de l'acquéreur un mobilier qui avait déjà fait l'objet de l'adjudication, et cela sous menace de résiliation de bail et d'expulsion de cet acquéreur. L'arrêt de la Cour, que nous ne saurions trop approuver, a réformé cette ordonnance, mais il est curieux de constater qu'il s'appuie surtout sur les circonstances de fait qui permettent d'assurer que le bailleur avait eu connaissance de l'adjudication, et qu'il avait même, pour la faciliter, consenti une réduction de loyers. Sur le point de droit, les termes dont se sert l'arrêt montrent que la question est discutable; rappelons les expressions « décider en thèse absolue », « sont dans tous les cas » « des actes absolument étrangers au bailleur ». On le

voit, on s'est, avec raison, laissé surtout guider par des considérations d'équité.

Si les prétentions du bailleur ont pu être écartées dans quelques cas, il n'en est pas moins vrai que, la plupart du temps, si nous en croyons les praticiens de ces sortes d'affaires, l'acquéreur qui tient à son fonds de commerce donne satisfaction au bailleur. Il en résulte que, par le manque de prévoyance du législateur, l'acquéreur du fonds se voit exposé à payer une créance de loyers arriérés dont il ne saurait pourtant être tenu à aucun titre, et cela sous peine de voir son fonds de commerce lui échapper.

En présence de ce danger, il était naturel que l'on s'occupât de trouver un moyen pratique de corriger les inconvénients de telles éventualités. Examinons les différentes hypothèses qui peuvent se produire.

Si l'acquéreur n'a pas encore payé son prix, il aura la ressource de désintéresser, à ses risques et périls, le propriétaire, pour arrêter les poursuites. Sans doute, avec la doctrine générale qui refuse, dans certains cas, la priorité au privilège du bailleur, il s'exposera parfois aux réclamations de créanciers dont le rang était meilleur. Dès lors, la subrogation aux droits du bailleur ne sera pas suffisante, pour lui donner une sécurité complète contre le danger de payer plus que son prix. Cette subrogation qui paraît d'abord l'arme de salut de l'acquéreur, sera encore insuffisante si le prix du fonds consiste surtout en éléments incorporels, et si celui du

matériel et des marchandises n'arrive pas à égaler la créance du bailleur.

Si l'acquéreur a déjà payé son prix, on comprend aisément que les inconvénients soient encore plus graves. Ainsi la subrogation dans les droits du bailleur ne suffit pas pour protéger l'acquéreur du fonds de commerce.

On a songé à utiliser en faveur de l'acquéreur un privilège auquel nous avons fait déjà allusion au cours de cette étude : celui du conservateur de la chose. Nous avons dit plus haut que le propriétaire qui consentait un bail, à un commerçant dont le fonds était grevé d'inscriptions pourrait prétendre avoir assuré la conservation du gage des créanciers. De même l'acquéreur du fonds qui paie de ses deniers les loyers échus avant l'adjudication, empêche la résiliation de bail. Or, celle-ci aurait pour conséquence la résolution de la vente, et par conséquent la disparition du gage des créanciers inscrits, qui n'auraient cette fois plus aucun espoir d'être payés. Il n'est donc pas douteux qu'en agissant ainsi, l'acquéreur ait joué le rôle de conservateur de ce gage.

Avant d'expliquer comment ce privilège pourra venir en aide à l'acquéreur menacé, il importe de se demander si son application au cas qui nous occupe n'est contraire à aucune des règles qui le régissent. Ce privilège, établi par l'article 2102, § 3, du Code civil, est celui dont les cas d'application sont les plus divers, mais aussi

les moins définis. Pourtant, la jurisprudence lui assure un rôle de plus en plus important ; elle reconnaît maintenant qu'il garantit toutes les dépenses faites pour la conservation de tous les objets mobiliers sans exception, corporels ou incorporels (Seine, D. 03.2.254). En conséquence, celui qui a fait des avances pour la conservation d'une créance est privilégié sur celle-ci. Il ne peut, il est vrai, intervenir que lorsqu'il s'agit de frais exposés pour la conservation d'un ou de plusieurs meubles envisagés individuellement, puisque l'article 2102 est placé dans la section « des privilèges sur certains meubles ». On pourrait donc hésiter à l'appliquer au fonds de commerce, considéré comme une universalité. Aucun doute n'existe cependant sur la possibilité de cette application. MM. Boutaud et Chabrol (1) écrivent : « On ne conçoit pas facilement un acte de conservation s'appliquant au fonds entier, à moins qu'on ne considère comme tels, soit le nouveau bail consenti après le nantissement, soit les ventes de marchandises destinées à alimenter le fonds. » Pour ces dernières, la jurisprudence a écarté le privilège (2). Mais on l'a admis, par exemple, en faveur de l'intermédiaire qui s'est occupé de la vente d'un fonds (C. Rouen, 23 janvier 1909) (3). Bien entendu, la condition exigée est que le fonds eût péri, en tant que tout homogène

(1) N° 380, p. 411.

(2) *Recueil Gaz. Trib.*, 1^{er} semestre 1898.2.249.

(3) *Journal des faillites*, 1909, p. 225.

sans les démarches de l'intermédiaire ; c'est précisément ce qui se produit en cas d'intervention de l'acquéreur menacé d'expulsion.

Il est indifférent que le conservateur de la chose ait agi dans son propre intérêt ou dans celui des créanciers ; la loi ne considère que le résultat, la doctrine et la jurisprudence sont pleinement d'accord sur ce point.

Dès lors, rien ne s'opposait à l'application du privilège au cas qui nous occupe. La jurisprudence l'a pleinement admis dans un jugement récent que nous reproduisons en partie ici, à cause de l'intérêt pratique qu'il présente (Trib. civ. Seine, 2^e ch., 11 janvier 1913, Renseignements personnels). Citons d'abord l'exposé de l'affaire d'après le tribunal même pour indiquer quel était le débat : « Attendu qu'une distribution par contribution a été ouverte sur une somme de 84.740 fr. représentant, à concurrence de 79.553 fr. 91, le prix de vente d'un fonds de commerce de bar-liquoriste ayant appartenu à Gi..., à concurrence du surplus, le montant du remboursement du loyer d'avance.

« Attendu que Ga... et B... contestent le règlement provisoire en ce qu'ils n'ont été admis par privilège en vertu de l'article 2102, § 1, du Code civil comme subrogés aux droits du bailleur des lieux où s'exploitait le dit fonds de commerce, que sur la somme de 2.345 francs représentant dans celle en distribution le prix de vente des meubles et du matériel ayant garni les lieux loués ; qu'ils prétendent avoir droit au privilège de l'arti-

cle 2102, § 3, du même Code, les paiements par eux effectués aux mains du propriétaire de l'immeuble à la suite de la saisie-exécution pratiquée à l'encontre du preneur en l'acquit de celui-ci, ayant, affirment-ils, empêché la résiliation prévue en cas de défaut de paiement d'un seul terme de loyer, et, par suite, en conservant le droit au bail, empêché la perte du fonds dont le prix est en distribution...

« Attendu que l'article 2102, § 3, déclare privilégiés les frais faits pour la conservation d'une chose mobilière, qu'il importe peu qu'il s'agisse d'un meuble corporel ou incorporel ; que cet article vise, dans sa généralité, les frais sans lesquels la chose aurait péri ou serait devenue impropre à l'usage auquel elle est destinée, notamment les dépenses ayant contribué à empêcher la perte du fonds de commerce. »

Le tribunal rappelle ensuite les faits : lors de l'adjudication il était dû au propriétaire de l'immeuble des loyers arriérés : l'acquéreur Ga... dut les payer en l'acquit de son vendeur ; c'était, pour lui, le seul moyen d'éviter l'expulsion ; il pensa d'abord à invoquer la subrogation dans les droits et actions du propriétaire, mais le prix du matériel et du mobilier en général, était inférieur au chiffre des loyers arriérés ; c'est alors qu'il recourut au privilège du conservateur de la chose :

« Attendu, dit le tribunal, qu'en versant au propriétaire, au cours des poursuites, le montant du reliquat des loyers arriérés, et en empêchant ainsi la vente

des meubles qui formaient le gage du propriétaire, Ga... a empêché la résiliation du bail profitant à Gi... et par suite maintenu le droit au bail indispensable à l'exercice de sa profession ; qu'il a ainsi conservé, au sens de l'article 2102-3° du Code civil, le fonds de commerce dont le prix est en distribution...

« Dit que Ga...et B...seront admis au règlement définitif sur la totalité de la somme en distribution par privilège, en vertu non pas de l'article 2102-1° du Code civil, mais en vertu de l'article 2102-3° du même Code. »

Ainsi, le tribunal n'a pas hésité à reconnaître l'applicabilité de l'article 2102-3°, au cas de paiement par l'acquéreur du fonds des loyers arriérés. Est-ce à dire que désormais les inconvénients que nous signalions plus haut ont disparu ? La résiliation n'est plus à craindre, le bailleur sera désintéressé ; qu'importe à l'acquéreur de payer, s'il a la certitude de rentrer dans ses débours ?

Pourtant, en examinant les choses de plus près, on s'aperçoit vite que le moyen trouvé par la pratique, si ingénieux qu'il soit, ne suffit pas à écarter tous les inconvénients de la non-réglementation du droit de résiliation. En premier lieu, il faut remarquer que l'acquéreur ne sera pas toujours en mesure de faire une avance de fonds imprévue, et peut-être fort importante. Et quand le chiffre des loyers excédera, ce qui n'est pas rare, le prix global du fonds, il éprouvera une perte irréparable, à laquelle il devra se résoudre, s'il veut

conserver le fonds ; et cela, pour payer des loyers auxquels il n'est nullement tenu. En second lieu, ce procédé a le tort d'assurer au bailleur, au détriment d'autrui, une situation extrêmement avantageuse. C'est ici qu'apparaît vraiment le lien étroit entre le privilège et le droit de résiliation. En effet, le paiement fait par l'acquéreur au propriétaire, aboutit, en définitive, à donner à ce dernier un privilège, non seulement sur le matériel et les marchandises, mais encore sur les éléments incorporels, qui, d'après la loi, ne font cependant pas partie de son gage. Le bailleur n'aura qu'à menacer l'acquéreur de l'expulsion pour obtenir intégralement le paiement de sa créance, quand le prix global du fonds sera égal ou supérieur au chiffre des loyers, souvent même quand il lui sera inférieur. Il y a là un abus évident.

Nous n'avons pas demandé la suppression radicale du privilège du bailleur, mais sa réglementation équitable : or, en pratique, celle-ci n'existe pas. La faculté d'obtenir la résiliation du bail n'a subi, elle aussi, du fait de l'article 14, que des restrictions insuffisantes. Les autres créanciers auxquels la loi paraît avoir voulu cependant donner toutes les garanties désirables sont encore sacrifiés trop souvent au bailleur. Nous croyons l'avoir démontré suffisamment. Le seul moyen de remédier à cet état de choses doit être recherché, à la fois, dans la limitation du privilège et du droit de résiliation.

CONCLUSION

Nous avons indiqué dans notre introduction le but que nous poursuivions dans cette étude et les raisons qui nous y poussaient. Notre conclusion sera donc brève.

Nous avons essayé de démontrer :

1° Que la loi du 17 mars 1909, ayant modifié la situation de tous les créanciers du commerçant et, peut-être à son insu, celle du bailleur, aurait dû réglementer, à nouveau, les droits de ce dernier, en ce qu'ils pouvaient présenter de dangereux ou d'incompatible avec son but et ses prescriptions ; que d'ailleurs, cet oubli avait amené de récentes mesures législatives (Lois du 31 juillet et du 8 août 1913).

2° Que le privilège du bailleur fort attaqué, et, à bon droit, pendant ces dernières années, pouvait cependant trouver sa raison d'être jusqu'à un certain point, quand il s'agit de bail de locaux affectés au commerce ; mais que la situation du bailleur était, même après la loi de 1872, beaucoup trop favorisée, comparativement à celle des autres créanciers,

3° Qu'en l'état actuel de la législation, en présence des droits reconnus au bailleur, il était vain d'essayer de

remédier à cette situation, en contestant, parfois, à celui-ci la priorité de son privilège ; et que cette solution n'aboutissait en pratique qu'à rendre plus dangereuse encore la position du commerçant et de ses créanciers.

4° Que le remède était plutôt dans la limitation de l'étendue du privilège du bailleur, exclusive notamment, de tout loyer à échoir, et plus restrictive quant aux loyers arriérés.

5° Mais, qu'il serait inutile de limiter le privilège du bailleur, si l'on ne réglementait parallèlement son droit de résiliation et d'expulsion ; que l'article 14, malgré le progrès qu'il marque, est insuffisant à cet égard, puisqu'il permet encore au bailleur de provoquer la ruine des créanciers inscrits, même quand ceux-ci s'en tiennent à la stricte observation de la loi de 1909, même quand l'adjudication prononcée conformément à cette dernière paraît avoir réglé définitivement la situation à l'égard de tous ;

6° Que ce but pouvait être atteint, d'une part, en donnant à connaître aux tribunaux de commerce chargés de la liquidation globale de l'entreprise commerciale, des demandes en résiliation de bail basées sur le non-paiement des loyers, et en leur permettant de rejeter ou d'ajourner cette demande, quand la réalisation du fonds se poursuit normalement, d'après les règles édictées par la loi de 1909, dans l'intérêt général ; d'autre part, en permettant la purge de l'action en résiliation de bail, comme on l'a fait pour l'action ré-

solutoire du vendeur dans les cas d'adjudication du fonds visés par l'article 2 de la loi de 1909 ;

7° Qu'enfin, si, à l'heure actuelle, le privilège du conservateur de la chose a permis de porter remède à la situation créée par l'insuffisance de la loi, en en écartant au moins les conséquences les plus choquantes, il ne pouvait être considéré que comme un expédient incapable de remplacer une réglementation complète toujours désirable.

Vu :

Le Président de la Thèse,
A. WAHL.

Vu :

Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- Baudry et de Loynes.** — Privilèges et hypothèques, t. I.
Beudant. — Sûretés personnelles et réelles, p. 349 et 375.
Boutaud et Chabrol. — Traité des fonds de commerce.
Bouvier-Bangillon. — De la vente et du nantissement des fonds de commerce.
Cordelet. — Proposition de loi présentée le 21 mars 1903 (Annexe 73) et rapport.
Dalloz. — *Dictionnaire : Privilèges et hypothèques.*
Delsol. — Rapport à l'Assemblée nationale. Séance du 31 juillet 1871 (annexe).
Demangeat. — Traité de droit commercial, t. V.
Edouard. — Manuel pratique de la vente et du nantissement des fonds de commerce.
Lèbre. — Traité des fonds de commerce.
Lesur. — Du nantissement des fonds de commerce.
Lyon-Caen et Renault. — Manuel de droit commercial.
Montier et Faucon. — De la vente et du nantissement des fonds de commerce.
Percerou. — Rapport à la Société d'études législatives. *Annales du droit commercial*, 1903.
Planiol. — Traité élémentaire de droit civil, t. II (4^e édit.).
Pont. — Des privilèges et hypothèques, n^o 124.
Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial.
— *Annales du droit commercial*, 1896, p. 289.
Thiercelin. — Note sous arrêt, D. P. 62.2.1.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — Les garanties du bailleur en gé- néral	7
CHAPITRE II. — Les droits du bailleur en tant que créancier chirographaire	11
CHAPITRE III. — Le privilège du bailleur d'immeubles.	26
SECTION I. — <i>Objet du gage du bailleur</i>	27
SECTION II. — <i>Etendue du privilège</i>	31
Alinéa 1. — Etat actuel et critique	31
Alinéa 2. — Tentative récente pour corriger les consé- quences de l'insuffisance de la loi de 1909. — La loi du 8 août 1913 sur les warrants hôteliers.	40
SECTION III. — <i>Rang du bailleur</i>	49
1 ^{er} cas : Renouvellement du bail	59
2 ^e cas : Déplacement du fonds.	60
CHAPITRE IV. — De la Résiliation du bail	73
1 ^o Examen de l'article 14.	75
2 ^o Dangers de la résiliation du bail	90
a) Avant la réalisation du fonds.	90
b) Après la réalisation du fonds.	106
CONCLUSION	121

Imp. J. Thevenot. — Saint-Dizier (Haute-Marne).
